

APONTAMENTOS SOBRE A AÇÃO MONITÓRIA.

LEI Nº 9.079/95

Donaldo Armelin

Desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo. Professor da Escola Paulista da Magistratura. Professor dos Cursos de Graduação e Pós Graduação da PUC SP. Professor Doutor de Direito Processual Civil, convidado para o Curso de Pós-Graduação, lato sensu, da Faculdade de Direito de Bauru.

Sumário: 1. As inovações do CPC e o advento da ação monitoria. 2. Conceito de ação monitoria. Adequação de sua denominação. Ação, processo e procedimento. 3. A ação monitoria; características, classificação e espécies. 4. O procedimento monitorio do direito estrangeiro. 5. As tentativas de sua introdução no direito brasileiro. 6. A conveniência da adoção da ação monitoria. 7. O modelo adotado pela Lei nº 9.079/95. 8. A lei nº 9.079/95 e sua disciplina. 9. As condições da ação monitoria. 10. Os pressupostos processuais no processo de procedimento monitorio. 11. Os procedimentos da ação monitoria. 12. Execução na ação monitoria. 13. Conclusões.

1. AS INOVAÇÕES DO CPC E O ADVENTO DA AÇÃO MONITÓRIA.

Fiel ao seu propósito de simplificar, agilizar e potenciar a efetividade do processo, a reforma do CPC objetiva agora inovar também com a inserção, nesse Código, de instrumento até então nele inexistente, direcionado ao atingimento de tais escopos.

Por isso mesmo, mediante a conversão do Projeto de Lei nº 3.085/93 na Lei 9.079 de 16 de julho de 1995, implantou-se, no sistema processual, a ação monitória, que, como forma de tutela diferenciada, propiciará maior celeridade na prestação jurisdicional de natureza satisfativa.

Deveras, esse tipo de ação hábil a transformar uma ordem de pagamento ou de entrega em um mandado de execução, “*secundum eventum defensionis*”, haverá de ensejar um acesso rápido à via executiva, dispensando a necessidade do processo de conhecimento sempre que ausente tempestiva defesa do réu.

A utilidade da adoção de tal instrumento processual desvenda-se através do exame dos sistemas processuais filiados ao direito continental europeu, nos quais prepondera a orientação favorável à sua utilização.

Aliás, em alguns deles, que o albergam, a adoção da ação monitória é mais do que centenária. Essa circunstância demonstra não se tratar ela de mera novidade adotável a título experimental. É, em verdade, um instituto acrisolado pela experiência de mais de século a denotar sua adequação às necessidades da prestação da tutela jurisdicional dos países em que atua.

Evidentemente, no Brasil, a ação monitória é uma novidade, cujas vantagens ou eventuais inconveniências serão aferíveis a partir do início de sua operatividade. Como se disse alhures, é no banco de prova da jurisprudência que se testam as inovações processuais. A circunstância de ter sido aprovada em outros ordenamentos jurídicos não implica por si só o seu sucesso no plano nacional. Diferenças de disciplina jurídico-processual, disparidades culturais, sócio-econômicas e outras podem influenciar decisivamente o resultado do desejado implante no sistema processual brasileiro desse novo instrumento de atuação da jurisdição.

Mas a tentativa é válida porquanto importará na oferta aos que reclamam a tutela jurisdicional de um instrumento diversificado para a sua prestação.

As dificuldades eventuais de sua adaptação a esse sistema e emergentes de sua futura atuação, como adiante serão elencadas, obviamente haverá de ser enfrentadas pela doutrina e jurisprudência, com a conseqüente

harmonização do instituto com as demais normas jurídicas atualmente vigentes disciplinadoras da prestação jurisdicional.

2. CONCEITO DE AÇÃO MONITÓRIA. ADEQUAÇÃO DE SUA DENOMINAÇÃO. AÇÃO, PROCESSO, PROCEDIMENTO.

A ação monitoria, assim denominada na aludida Lei nº 9.079/95, insere-se, no Livro IV do CPC, entre os procedimentos especiais de jurisdição contenciosa. Nele os procedimentos são arrolados como ações, algumas qualificadas mais em função do direito material a que se reportam do que às características processuais da prestação jurisdicional através delas reclamada.

Evidencia-se, porém, a especialização de ritos para a sua melhor adequação aos fins a que se destinam. Com isso se objetiva uma maior rapidez e efetividade no atingimento dos resultados do processo. Não há ali diversidade de “ações”, consideradas estas como o poder de estimular a jurisdição, vez que todas elas produzem esse mesmo resultado, sendo distinguidas apenas pelo pedido que veiculam. Estes, sim, são dotados de características diferenciadoras hábeis a justificar a disparidade de procedimentos.

Por isso mesmo a alusão a uma ação especial vale como um referencial a um procedimento especial, tal como o título do Livro IV do CPC o indica, muito embora venham estes rotulados no seu bojo como ações. Isto não significa porém que não apresentem a estrutura prevista no art. 301 do CPC, ou seja, partes, causa de pedir e pedido, de inafastável relevância para a apuração da identidade de ações indispensável para a aferição dos fenômenos processuais elencados no inciso V do art. 267 do mesmo Código.

Daí porque a Lei nº 9.079/95 acertadamente nesse particular qualificou o procedimento monitorio de ação monitoria, acompanhando assim a orientação adotada no vigente CPC a respeito da nomenclatura dos procedimentos especiais.

Demais, ao inserir a ação monitoria no elenco do Livro IV acima referido, no qual se registra a presença de ações de conhecimento

simplesmente e daquelas denominadas na doutrina executivas “*lato sensu*”, em que conhecimento e execução estão amalgamados em um único processo, manifestou o legislador reformista uma clara opção.

Isto em razão de, indubitavelmente, esse livro contemplar apenas ações de conhecimento, considerando-se que, para fins de taxionomia, as executivas “*lato sensu*” continuam sendo consideradas como tais. Conseqüentemente, pela topografia que se lhe impôs, a ação monitória foi considerada, pelo legislador, como um procedimento especial do processo de conhecimento de natureza contenciosa.

Esta circunstância assume relevância porquanto a classificação da ação monitória tem sido objeto de questionamento em sede doutrinária, de forma a propiciar soluções legislativas diferenciadas, inclusive a esse respeito.

Realmente, as peculiaridades dessa ação, com a possibilidade de convalidação de pleno direito do mandado de pagamento ou de entrega em título executivo, dentre outras, não facilitam a tarefa classificatória da doutrina, até porque nela, se não exercitado do direito da defesa do réu, a sentença, apanágio do processo de conhecimento, somente pode ser detectada na decisão que, liminarmente, ordena o pagamento ou a entrega.

As dificuldades nesse particular refletiram-se na doutrina, que contempla vários posicionamentos a tal respeito. Mister se faz, contudo, considerar que estes reportam-se às soluções emprestadas pelos diversos ordenamentos jurídico-processuais alienígenas relativamente à disciplina da vertente ação.

Mas as conseqüências práticas da classificação são relevantes. Dizem respeito à coisa julgada, à defesa do réu, aos pressupostos processuais e condições de um pronunciamento sobre o mérito, dentre outras. Por isso mesmo exige essa matéria um exame mais aprofundado.

3. A AÇÃO MONITÓRIA: CARACTERÍSTICAS, CLASSIFICAÇÃO, ESPÉCIES

A ação monitória tem procedimento caracterizado pela possibilidade da

dispensa do processo de conhecimento, tal como é normalmente concebido, para se atingir a formação de título executivo apto a embasar a execução. Isto porque, como acentua Calamandrei, nela a função mediata de preparar o título executivo sobreleva-se sobre a imediata de declaração de certeza¹.

Sua originalidade consiste em impor, desde logo, uma ordem e em deixar para o réu a iniciativa do contraditório. A este, ao seu alvedrio, cabe optar pela instauração do contraditório, o que implica ser sua omissão decisiva para a rápida constituição do título executivo. Lembra, assim, Chiovenda que, de um modo geral, todas as formas de procedimento monitório têm como características comuns a expedição da ordem de pagamento ou entrega, sem audiência da parte contrária e o escopo precípua de preparar a execução².

Entretanto, a dispensa está condicionada à omissão do réu em se defender. Se isto não ocorrer, sua aptidão para a célere geração de título executivo esgarça-se e, por vezes, desaparece.

Em verdade a ação monitória resulta da conjugação de duas técnicas convergentes para o mesmo resultado, ou seja, para a celeridade da prestação jurisdicional. A sumariedade de uma cognição incompleta, porque unilateral é complementada pela presunção de veracidade resultante dos efeitos da revelia concretizada nos autos. Com isso a relativa insegurança a respeito de fatos e decorrente da cognição incompleta é eliminada mediante a incidência da referida presunção emergente da contumácia do réu. Isso propicia uma cognição exauriente geradora de certeza hábil a supedanejar a existência de coisa julgada material unguindo a prestação jurisdicional emergente desse procedimento. Marinoni, sob enfoque parcialmente diferenciado, aponta o monitório como “*resultado da combinação da técnica da cognição exauriente por ficção legal com a técnica da cognição exauriente*”³.

¹ El Procedimiento Monitorio, trad. esp. por Santiago Sentir Melendo, Buenos Aires, EJE, 1953, p. 23.

² Nesse sentido ver, Principios de Derecho Procesal Civil, trad. esp. Madrid, Ed. Réus, s/d., vol. I p. 263.

³ Cfr. Antecipação da Tutela na Reforma do Processo Civil, S.Paulo, Malheiros Ed., 1995, p. 29, na qual prossegue afirmando “*Trata-se da adoção de um critério racional, que responde à exigência de se evitar um desnecessário procedimento de cognição plena e exauriente quando a prova documental demonstra, em alto grau de probabilidade, a existência do direito*”.

Essa sua especificidade tem levado parte da doutrina a qualificá-la como encartada no processo de execução⁴, no processo de conhecimento ou, mesmo, como uma espécie autônoma inserida entre tais categorias processuais.

Até já se considerou o procedimento monitório como constante do rol daqueles pertinentes à jurisdição voluntária⁵.

Como um “*tertium genus*”, o procedimento monitório inerente a essa ação reporta-se, na visão de Carnelutti, a um tipo de processo cuja estrutura peculiar decorre de função diversa daqueles atinentes ao processo de conhecimento e de execução⁶. Humberto Theodoro Jr. adotou esse posicionamento, qualificando-o como um procedimento intermediário, ao lado do processo de execução e daquele de conhecimento, “*de larga aplicação prática e de reconhecida eficácia para abreviar a solução de inúmeros litígios*”⁷.

⁴ É, de certa forma, o posicionamento de Vicente Greco Filho, que explicita, “*verbis*”: “A ação monitória é um misto de ação executiva em sentido lato e de cognição, predominando a força executiva. Assim, apesar de estar a ação colocada entre os procedimentos especiais de jurisdição contenciosa, sua compreensão e a solução dos problemas práticos que apresenta somente será possível se for tratada como se fosse processo de execução. Ou seja, como se fosse uma espécie de execução por título extrajudicial em que, ao invés do mandado de citação para pagamento em 24 horas sob pena de penhora, há citação com ordem de pagamento ou entrega de coisa móvel”. in A ação monitória, p.1, inédito.

⁵ V. José Rogério Cruz e Tucci, invocando o magistério de Garbagnati, II Procedimento d’Ingiunzione, em Apontamentos sobre o Procedimento Monitório, in Devido Processo Legal e Tutela Jurisdicional, S.Paulo, RT, 1993, p. 169.

⁶ Cfr.: “*Pero una tan profunda diferencia de estructura no puede mesmo de tener razón en una función diferente, tanto del proceso cognitivo como del proceso ejecutivo. La verdad es que tanto el proceso de inyunción como el proceso de desalojo constituyen un medido de selección de los casos en que, no habiendo-se discutido la pretensión, no se necesita cognición alguna, a diferencia de aquellos en que la pretensión es discutida, en cambio, y antes de ejecución debe desarrollarse normalmente el proceso cognitivo*”. Instituciones de Proceso Civil, trad. esp. por Santiago Sentir Melendo, Buenos Aires, EJE, 1973, vol. I., p. 84.

⁷ Cfr. Revista Forense 271/70.

Da mesma forma, Chiovenda o considerou um procedimento específico, gerador de sentença de prevalente função executiva⁸, ao lado de outros procedimentos com idêntico escopo. Entretanto, não o descartou da área do processo de conhecimento.

Deveras é nesta que o procedimento monitorio encontra sua adequada colocação. Ainda que a cognição do Juízo, na hipótese de revelia do réu, cinja-se à admissibilidade da via injuncional e à plausibilidade do direito nela invocado, existe a atividade cognoscitiva e é ela pressuposto do acesso à via executiva, através do título executivo nela formado. O processo de execução emerge do resultado da ação monitoria, que inexoravelmente o antecede para a formação do título executivo judicial, mas com ela não se confunde, até porque pode não ser incoado “*ex officio*”, pois tal resta ao alvedrio do credor. Ora, se o procedimento monitorio decorrente da propositura de ação dessa natureza é, por si só, hábil a gerar um título executivo judicial, sua função, exaurindo-se com esse resultado, demonstra a sua autonomia em face do processo de execução, o que significa não se confundir com este.

Não obstante, como assinala José Rogério Cruz e Tucci⁹, o Anteprojeto de Código General del Proceso para a América Latina (arts. 311/316), influenciado nesse particular pelo Código General del Proceso Uruguaio (arts. 351/370) conotaram ao “*proceso de estructura monitoria*” execução fundada em título executivo extrajudicial.

Também é inqualificável como inserida nos domínios da jurisdição voluntária a ação monitoria. Sua natureza contenciosa, aferível “*prima facie*”, dispensa quaisquer considerações a esse respeito.

Firmada a premissa no sentido de se inserir no âmbito da jurisdição dita contenciosa e não ser encartável no conceito de ação de natureza executiva, a ação monitoria somente pode ser qualificada como geradora de processo de conhecimento. Isto porque, seu escopo satisfativo manifesto é incompatível com a natureza e finalidade do processo cautelar, adstrito à tutela da

⁸ Princípios cit. p. 253.

⁹ Apontamentos cit. p. 169.

segurança. Portanto, mediante a exclusão das categorias processuais inafeiçãoáveis à estrutura e finalidade da ação monitória, chega-se à sua qualificação como ação de conhecimento.

Aliás, a natureza do procedimento monitório como processo de conhecimento e de natureza condenatória é preponderante na doutrina¹⁰, o que robor a conclusão de ser essa a sua qualificação mais adequada à sua essência.

Portanto, arredadas as hipóteses de ser tal ação espécie daquelas executivas ou cautelares, somente resta ser ela examinada à luz de sua autonomia, em face desses tipos de processo e de sua aptidão para gerar um processo de conhecimento de escopo condenatório.

Não parece ter o procedimento monitório estrutura suficientemente diferenciada dos demais a ponto de se constituir em um novo tipo de processo. Se a atividade cognoscitiva do juiz é reduzida ou superficial isso não se faz sem a necessidade de pronunciamento judicial, em caso de revelia do réu, tal importa apenas na suficiência daquela cognição superficial inicial. Se inexistir solução de continuidade entre a fase de conhecimento e de execução, nem por isso a primeira é de ser descartada de sua estrutura. Fenômenos dessa natureza permeiam o universo processual sem que, somente por isso, os procedimentos que os configuram passem a desfrutar de individualidade conceitual.

Também não se constitui o procedimento monitório, em mero fenômeno de rito, sem natureza processual, porque ausente o contraditório¹¹, o que importaria na questionabilidade da existência da ação, tal como a

¹⁰ V. Calamandrei, que já em 1926 afirmava, com arrimo no entendimento de Drechsel, Hellwig, Segni e Cristofolini, ser o procedimento monitório uma forma especial de processo de cognição abreviado (cfr. *El Procedimiento Monitorio*, cit., p. 60), bem assim como Eduardo Garbagnati, que, invocando o posicionamento do mesmo Calamandrei, de Jaeger e de Sciacchitano, o qualifica como *“un processo speciale di cognizione, nel quale l'esercizio in forme speciali di un'ordinaria azione di cognizione provoca la pronuncia, in forme speciali, di un provvedimento giurisdizionale, identico, per natura, nonostante la sommarietà della cognizione, a quello pronunciato, nell'esercizio della giurisdizione dichiarativa, in un ordinario processo di condanna”* (II procedimento d'ingiunzione, Milano, Giuffrè, Ed. 1991, p. 30).

¹¹ Assim Elio Fazzallari, *Istituizioni di Diritto Processuale*, Padova, Cedam, p. 75.

concebe a doutrina tradicional. Considerado o contraditório como decorrente da possibilidade da parte exercer o seu direito de defesa “*lato sensu*”, participando na formação do resultado do processo¹², patenteia-se no caso de tal procedimento a ocorrência dos dois requisitos indispensáveis para tanto: a ciência da incoação do processo e a oportunidade para o exercício do direito de defesa, ainda que sob iniciativa do próprio réu, com a conseqüente instauração do contraditório.

O que, em verdade, sucede, é a decisão sobre a expedição da ordem de pagamento ou entrega de coisa, sem ainda a participação do réu no processo. O contraditório, destarte, somente surge à opção deste, no prazo para pagar ou entregar, sendo, pois, diferido para oportunidade subsequente à ordem.

Embora a propósito do legislador, ao adotar o procedimento monitório, venha lastreado na expectativa de que o contraditório, por omissão do réu, não adquira operatividade no procedimento monitório, porque assim terá este sido atingido o escopo objetivado¹³, a possibilidade disso ocorrer é manifesta. Em outras palavras, ainda que se desejando não venha nele ocorrer a participação do réu, esta é inquestionavelmente assegurada no procedimento monitório, restando ela à opção do réu.

Essas considerações aplicam-se às duas espécies de procedimento monitório, ou seja àquele puro e ao documental. Este resulta, como esclarece Calamandrei, de um híbrido resultante da comistão do procedimento monitório puro com o procedimento documental do direito alemão, tal como albergado no direito processual civil austríaco. O primeiro prescinde de qualquer documento a embasar a sua admissibilidade e o segundo o exige. A Lei nº 9.079/95 adotou o modelo deste. Fê-lo, aliás, na esteira de orientação preponderante em vários ordenamentos jurídico-processuais da família continental européia.

¹² É, de certo modo, o que defende Fazzallari, op. cit. p. 29.

¹³ Nesse sentido acertada a observação de Redenti, quanto a, nessa hipótese, ter sido atingida a finalidade própria e específica do monitório. V. Derecho Procesal Civil, trad. esp., Buenos Aires, EJE, 1957, t. II, p. 208.

4. O PROCEDIMENTO MONITÓRIO NO DIREITO ESTRANGEIRO.

Deitando raízes no direito romano-canônico, quando do surgimento de procedimentos que incluíam o “*mandatum de solvendo cum clausula iustificativa*” ou simplesmente “*praeceptum cum clausula*”¹⁴, a ação monitória irradiou-se pelos vários ordenamentos jurídicos sob diversas formas. Inclusive o direito luso-brasileiro a contemplou, embora na atualidade não mais albergue formas típicas de seu procedimento.

Não obstante, este vem sendo, de há muito, adotado em vários sistemas processuais dos países europeus continentais. Em alguns deles, como na ZPO alemã e na austríaca, já foi implantado há mais de século.

Ainda que com algumas variantes, mantém denominadores comuns na sua estrutura e finalidade.

Na ZPO alemã¹⁵ o monitório - *Mahnverfahren* - é do tipo puro, prescindindo de prova documental para a sua regular incoação, até porque contempla esse Código um procedimento documental específico para as ações lastreadas em determinados documentos. O *Mahnverfahren* é cabível para as pretensões atinentes a quantia líquida de dinheiro sem limitação de valor (art. 688).

A ZPO austríaca prevê o *Mahnverfahren*, como monitório puro, com limitação quanto ao valor da pretensão restrita ao pagamento de quantia determinada (arts. 448 e segs.), ao lado do *Mandatsverfahren*, que versa prestações em dinheiro ou coisa fungíveis, sem limites de valor, lastreadas em documentos cujos tipos vem especificamente elencados no texto legal (arts. 548 e segs.)¹⁶.

¹⁴ V. José Rogério Cruz e Tucci, op. cit. p. 161.

¹⁵ Em vigor desde 1877, com as modificações posteriores, inclusive a Vereinfachungsnovelle de 1976.

¹⁶ Consultar a respeito Faustino Gutiérrez-Alviz y Conradi, El Procedimiento Monitorio, Estudio de Decerto Comparado, Anafes de la Universidad Hispalense, Ed. Católica Española S/A, 1972 pp. 101 e ss.

O CPC da França também contempla o procedimento monitorio, disciplinando-o sob o título de “*la procédure d’injonction à payer*”, nos seus arts. 1.405 e seguintes. Sem restrições quanto ao valor da pretensão, exige-se ali a instrução da inicial com os documentos comprobatórios.

Na Itália, o CPC de 1941 admite, em seu art. 633, o procedimento monitorio em se tratando de créditos relativos a uma soma líquida de dinheiro, a coisas fungíveis ou a coisa móvel determinada. Exige-se prova escrita do crédito, elencada, quanto àqueles atinentes ao nº 1 do mencionado artigo, no art. 634, e relativamente aos créditos por honorários resultantes de prestações judiciais ou extrajudiciais e outras arrolados nos nºs 2 e 3 do mesmo artigo, a especificada no art. 636. Não há limitação quanto ao valor do crédito. Disciplinadas estão ainda a competência do juízo, a forma da inicial, conforme o objeto que a defere, a oposição do devedor tempestiva e extemporânea, a executoriedade à minguada de oposição, a execução provisória e sua suspensão, a conciliação, a rejeição, total ou parcial, da oposição, além de outras peculiaridades do procedimento.

Adotam ainda tal procedimento os ordenamentos jurídico-processuais da Bélgica, Holanda e Luxemburgo, noticiando Lorca Navarrete as tentativas de sua introdução no processo civil espanhol¹⁷. Mas tanto Espanha como Portugal ainda não o adotaram.

Destaca este autor, em estudo do direito comparado europeu¹⁸, a existência de dois modelos básicos de procedimento monitorio; o do direito alemão e o do direito italiano.

No primeiro, inexistente um exame aprofundado do direito invocado pelo credor, de forma que o mandado de pagamento vem lastreado em afirmação unilateral e não provada dos fatos constitutivos do seu direito, suficiente

¹⁷ Antonio M. Lorca Navarrete, *El Procedimiento Monitorio Civil*, Inst. Vasco de Derecho Procesal, S. Sebastián, 1989, págs. 99 e segs.

¹⁸ Cfr. op. cit. p. 55 e segs.

destarte a verossimilhança “*in statu assertionis*”. Aliás, é expreso o art. 692, 2 da ZPO tedesca no sentido de que a comunicação do mandado ao credor cabe o pedido formulado. A ausência de oposição faz com que se expeça, a requerimento do credor, mandado executivo que corresponde a uma sentença prolatada em razão de revelia¹⁹. Comparecendo, porém, o réu para se defender, o mandado de pagamento converte-se em mero mandado de citação, tal como sucedia no direito medieval, no concernente ao “*mandatum cum clausula iustificativa*”²⁰.

No segundo, diferentemente, a pretensão vem embasada em prova documental, hábil a gerar a certeza do direito do autor, se acoplada à contumácia do réu aferida através de autêntico procedimento. Há a motivar a admissibilidade deste a presunção de que não existirá questionamento a respeito da dívida reclamada, ou que são mínimas as possibilidades de vir este ocorrer. A decisão, deferindo a ordem de pagamento, equivale a uma sentença, pois será a única do processo, se e quando corporificada a revelia do réu. Da mesma forma o indeferimento do pedido comportará recurso, por provocar a extinção do processo. A decisão deferidora da injunção, ainda que não atacada pela via de oposição, transita em julgado.

São técnicas diferenciadas direcionadas, porém, ao mesmo escopo de aceleração da formação do título executivo.

O sucesso de sua adoção nesses sistemas jurídicos está diretamente vinculada às peculiaridades de cada país, inclusive no concernente à própria estrutura da organização judiciária e aos mecanismos processuais neles existentes.

¹⁹ Nesse sentido o art. 700, I da ZPO alemã. A respeito pondera Leo Rosenberg, ser possível ainda oposição a tal mandado, que, se não oposta, permitirá estar ele ungido pela coisa julgada material (cfr. Derecho Procesal Civil, trad. esp., Buenos Aires, EJE, 1954, vol II. p. 554).

²⁰ Assim o ensinamento de Baldo, “... *quae clausula iustificat mandatum, et si venit resolvitur in simplicem citationis*”, Commentaria ad. I, 5, par. 10, Dig. 39 apud, Faustino Guiterrez-Alviz y Conradi, op. cit. p. 22.

Como já acentuado supra, resta aferir se, no sistema nacional, com inúmeros títulos executivos extrajudiciais e juizados especiais de causas de menor complexidade²¹, o mesmo ocorrerá, pelo menos no plano estatístico.

5. AS TENTATIVAS DE SUA INTRODUÇÃO NO SISTEMA PROCESSUAL NACIONAL. O ANTEPROJETO DE 1985.

O sistema processual nacional não albergou a técnica do procedimento monitorio tal como as já acolhidas em outros ordenamentos jurídico-processuais estrangeiros, conforme acima ressaltado.

Todavia institutos adotados no passado no sentido de uma aceleração na formação do título executivo²² guardavam semelhança com esse procedimento, a ponto de se reconhecer a presença de técnica assemelhada em códigos pretéritos e sua ausência no vigente.

²¹ Com o advento da Lei nº 9.099/94, que extinguiu os juizados especiais de pequenas causas e instituiu em seu lugar os juizados especiais de causas cíveis de menor complexidade, o âmbito da competência dos novos juizados ampliou-se, consideravelmente. Sendo considerada absoluta a competência desses juizados, como defende parte da doutrina, estará esvaziado o campo de atuação da ação monitoria, normalmente reservado a causas de valor reduzido e de menor complexidade.

²² Assim a ação de preceito cominatório, também denominada embargos à primeira, prevista nas Ordenações Filipinas, Livro 3º, tit. 78, § 5º, que reproduziam idênticas disposições das Afonsinas e Manoelinas, bem assim como nos artigos 302 e seguintes do CPC de 39 versando obrigação de fazer ou de não fazer; a ação decendiária ou de assinação de dez dias, instituída pelas Ordenações Manoelinas e prevista nas Ordenações Filipinas, Livro 3º, tit. 25 r., e nos arts. 246 e segs, do Regimento 737/1850, na Consolidação Ribas e nos Códigos Estaduais da Bahia e de S.Paulo, são tidas por Moacyr Amaral dos Santos como formas de procedimento monitorio (Introdução ao Estudo do Processo Cominatório, S.Paulo, Max Limonad Ed., 1953, p. 129).

Não obstante, a doutrina já alvitrava a sua adoção antes mesmo das tentativas de sua introdução pela via legislativa em nosso direito²³. Há uma década, Comissão adrede constituída para elaborar anteprojeto para a reforma do CPC apresentou uma proposta nesse sentido, que veio à publicidade em dezembro de 1985, na qual se previa a instituição do procedimento monitorio em nosso sistema processual. Na exposição de motivos desse anteprojeto, restou explicitado o escopo da inovação. A finalidade foi constituir o título executivo antes mesmo da defesa do réu, com a expedição de mandado para que este satisfaça a obrigação. Tal mandado, prosseguia a exposição, teria sua eficácia condicionada à impugnação do réu, mediante “embargos”. Não opostos, ensejam de imediato o prosseguimento da execução. Oferecidos os embargos, procede-se como previsto no processo “executivo”²⁴.

²³ Nesse sentido, por ocasião do advento do CPC de 1939, Machado Guimarães (Comentários ao Código de Processo Civil, 1942, v. 4º, nº 168) e Amorim Lima (Código de Processo Civil Comentado, 1941, vol. 2º, nº 8) reclamavam contra a abolição da ação decendiária do sistema processual. Outrossim, Galeno Lacerda, antes mesmo do vigente CPC apontava a conveniência dessa introdução (Mandados e Sentenças Liminares, RF 236/11-12) o mesmo fazendo, em duas oportunidades, mesmo após ao advento deste Código, Humberto Theodoro Jr. (O Procedimento Monitorio como Possível Solução para o Problema da Execução da Duplicada sem Aceite, Uberaba, Vitoria ed. 1976 e Procedimento Monitorio e a Conveniência de sua Introdução do Processo Civil Brasileiro, RF, 270/71).

²⁴ In Código de Processo Civil e Legislação Especial, atualizado e organizado por Sálvio de Figueiredo Teixeira, 7ª Ed., Rio, Forense, 1986, p. 681, item 26.

Assim o anteprojeto previa, tal como o faz a vigente lei nº 9.079/95, o regramento da ação monitória, com a designação de procedimento monitório, também nos arts. 1.102-A e 1.102-C, a serem inseridos do CPC, sendo certo que a redação do primeiro destes é praticamente idêntica à da vigente lei. A única diferença foi a supressão da alusão a *semovente*, que constava do artigo do anteprojeto, provavelmente por considerá-lo albergado no conceito de bem móvel. O mesmo, de resto, ocorre com o art. 1.102-B e o “*caput*” do art. 1.102-C do projeto, sendo irrelevantes as disparidades redacionais existentes entre ambos.

Difere, entretanto, a redação dos parágrafos deste último artigo. Na vigente Lei nº 9.079/95 são três, em lugar dos quatro do anteprojeto em tela. Alterações substanciais mais significativas foram a outorga de procedimento ordinário aos embargos, que, tal como se previa no anteprojeto, processar-se-ão nos próprios autos do monitório. Também, no caso de cumprimento do mandado, foram eliminadas as custas e honorários advocatícios imputáveis ao réu, que corresponde ao devedor na redação do projeto, cumpridor do mandado, sem que se definisse a situação do inadimplente quanto a tais verbas. Também estatui o § 3º do projeto a intimação do devedor em caso de rejeição dos embargos.

O exame do anteprojeto, que manifestamente influenciou a redação do atual texto legal, permite inferir a adoção pelo Legislador de orientação já naquele preconizada quanto a algumas questões nele regradadas, ao lado de utilização de soluções diferenciadas para alguns aspectos da disciplina do procedimento monitório. Daí o interesse no confronto dos respectivos textos, como adminículo na exegese da vigente lei.

6. A CONVENIÊNCIA DA ADOÇÃO DA AÇÃO MONITÓRIA.

Em face das propostas anteriores nesse sentido e da atual inserção do procedimento monitório no processo civil brasileiro, impende investigar se, realmente, a inovação atenderá a necessidade de se obter um melhor rendimento na prestação jurisdicional reclamada pelos usuários dos serviços judiciais.

A experiência de outros sistemas processuais aponta resultados satisfatórios com a adoção desse tipo específico de procedimento. Dados estatísticos o demonstram. Assim é que, na Alemanha, os procedimentos monitorios superam de muito, em número, os demais procedimentos²⁵. Também na França aumentou significativamente o número de feitos dessa natureza no decorrer do tempo²⁶. Além do mais, as estatísticas apontam pequena porcentagem de procedimentos em que ocorreu oposição do devedor, e, ainda, elevada parcela de casos em que essa oposição resultou improcedente.

Doutrina nacional abalizada²⁷ manifesta apreensão quanto ao resultado dessa adoção, a teor de que o campo de atuação do monitorio será restrito em razão do extenso rol de títulos executivos extrajudiciais existente no processo civil nacional.

Não parece seja por isso limitado o âmbito da atuação do monitorio a ponto de desencorajar as expectativas quanto ao êxito de sua implantação.

²⁵ Conforme anotado por Sidney Benetti (Ação Monitoria na Reforma Processual, in Revista de Jurisprudência Escolhida do Primeiro Tribunal de Alçada Civil do Estado de S. Paulo, vol. 3, págs. 73 e segs), já em 1937 Adolf Schönke calculava a existência de 4.515.821 procedimentos monitorios contra 2.654.957 de procedimentos comuns. Desde então a porcentagem dos procedimentos monitorios em relação aos comuns veio evoluindo de sorte que, em 1975, estes representavam apenas cerca 11% do total daqueles, tendo se mantido essa proporção até 1990, nos termos dos números citados no Munchner Kommentar ZPO, Georg Holch, München, 199201310/1455. Em 1992 Johann Braun, em artigo sobre a coisa julgada do mandado executivo, apontava no Juristische Schulung (março 1992), a existência de cerca de seis milhões de procedimentos monitorios no Judiciário alemão. Neste, aliás, a incidência de oposição no monitorio é extremamente diminuta, cerca de 8% em 1981, consoante Rosenberg-Schwab, Zivilprozessrecht, 14ª ed. C.H. Beck verlags-buchhandlung, München, 1986, p. 1053.

²⁶ Conforme R. Perrot (Il procedimento per ingiunzione. Riv. Proc. Civ. 4/1986 págs. 717/718), os procedimentos monitorios passaram de 220.000 em 1970 para 630.000 em 1983.

²⁷ Esse o entendimento de Cândido Rangel Dinamarco em A Reforma do Código de Processo Civil, 2ª ed., S. Paulo, Malheiros Ed., 1995, p. 230, que se reportando ao advento da ação monitoria, pondera: “Com tantos títulos executivos extrajudiciais em nossa ordem processual e com a iminência de ganharmos esse poderoso meio de obter títulos executivos judiciais, seria o caso de reduzir a órbita da executividade, não de expandi-la. Vão escasseando os créditos documentais desprovidos de eficácia executiva, o que pode fadar à inutilidade a ação monitoria, na medida do pouco que lhe sobrar”.

Basta atentar para o número de títulos executivos cuja aptidão para acessar a via executiva foi extirpada pela prescrição, para as duplicatas não aceitas, como de resto é um costume nacional, sem prova adequada da entrega da mercadoria para se constituírem em títulos executivos, para os contratos sem requisitos formais para ensejarem execução, para os vales, as cartas missivas, os extratos de livros comerciais os documentos relativos a cartões de crédito e quejandos, a fim de se constatar a amplitude que o monitório poderá assumir no panorama processual brasileiro.

Aliás, embora diversos os níveis sócio-econômico e cultural do nosso país e os daqueles que, na Europa, adotaram o monitório, é perfeitamente aceitável que este venha aqui ter um desenvolvimento no plano estatístico semelhante àquele já constatado em vários dos países acima referenciados.

É certo que em nosso país não se pode dispor de estatísticas confiáveis para se aferir o número de processos, passíveis de albergarem o rito especial do monitório, em que ocorre a revelia do réu. Portanto não se pode inferir com segurança venha a supressão do procedimento ordinário decorrente da omissão do réu em instaurar o contraditório no monitório, influir decisivamente no alívio dos congestionados juízos e tribunais nacionais. Também não se pode desconsiderar a presença, na estrutura da organização judiciária nacional, dos juizados especiais de causas cíveis de menor complexidade. Estes órgãos judicantes tiveram a sua competência ampliada com o advento da Lei nº 9.099/95, que lhes cometeu ações de despejo e possessórias relativas a imóvel e aquelas previstas no inciso II do art. 275 do CPC, além de elevar o teto de sua competência em razão do valor. Acresce, ainda, que o art. 1º dessa mesma lei aparentemente patenteia não mais existir a possibilidade da parte optar entre o microssistema de tais juizados e o macrossistema processual.

Conseqüentemente tais juizados absorverão grande parte das causas passíveis de serem processadas pelo rito do monitório, considerando-se que este, pela experiência haurida em outros sistemas processuais, é, em regra, reservado às causas de pequeno valor ou de menor complexidade.

Mas, obviamente, ainda que em grau possivelmente menor do que o esperado, a incorporação do monitório à processualística pátria reduzirá a

carga do Judiciário, através da eliminação da necessidade de um procedimento condenatório de rito comum ordinário ou sumário para a solução de conflitos de interesses subsumíveis à sua disciplina procedimental.

Ainda que isso não venha ocorrer, a simples presença de uma forma diferenciada de prestação de tutela jurisdicional somente poderá melhorar a operatividade do sistema. Algumas ações, “*rectius*”, procedimentos, de minguada expressão estatística existem no elenco do Livro IV do CPC. Veja-se por exemplo a ação de anulação e de substituição de títulos ao portador prevista nos arts. 907 a 913 do CPC, que, embora de escassa relevância nesse particular, atende a uma específica necessidade de tutela jurisdicional e, por isso mesmo, encontra-se estruturada para melhor propiciar o atendimento dessa reclamação.

Portanto, o interesse em manter no elenco dos procedimentos especiais aqueles mais adequados a uma pronta solução de determinados conflitos de interesses, atende à necessidade de uma otimização do sistema processual para o atingimento de seu escopo maior que é uma prestação jurisdicional justa e expedita.

A celeridade na formação de um título executivo, como resulta do procedimento monitório, com a expectativa do desinteresse do réu em provocar o contraditório, sem dúvida contribuirá, em maior ou menor intensidade, para a aceleração da aludida prestação.

7. O MODELO ADOTADO PELA LEI Nº 9.079/95.

Estabelecida a premissa no sentido de que a ação monitória corresponde a uma ação condenatória, a sua colocação no Livro IV Título I, do CPC, relativo aos procedimentos especiais de jurisdição contenciosa é incensurável.

O exercício dessa ação gera um processo de conhecimento de rito especial, direcionado a uma rápida formação de título executivo, na previsão de uma provável omissão do réu em se defender.

Novidade em nosso sistema processual o novo instituto inspirou-se em modelos alienígenas já acrisolados pela experiência de vários anos. A opção foi, precipuamente, pelo modelo italiano, pelo que resulta do texto da Lei nº 9.079/95.

Embora a disciplina da ação monitória neste seja exígua, se comparada à estabelecida no CPC italiano²⁸ para esse procedimento, detectam-se pontos comuns entre ambos textos justificadores da conclusão supra.

Deveras, quanto ao cabimento assemelha-se muito a redação do art. 1102a. do aludido diploma legal com aquele do “*caput*” do art. 633 do CPC italiano. Outrossim, o art. 1.102 .b, que cuida do deferimento do mandado de pagamento ou de entrega, guarda também semelhanças com a primeira parte do art. 641 da lei italiana. Diverso o prazo para oferecimento de defesa do devedor, ambos textos prevêm que, à falta dessa defesa, lá oposição, aqui embargos, o mandado de pagamento ou entrega converte-se em mandado executivo. Oposta esta, no direito italiano, o processo passa ao rito ordinário, enquanto na lei nacional em exame os embargos, que independem de prévia segurança do juízo, serão processados, sob o rito ordinário.

A rejeição integral da oposição, no direito italiano, e dos embargos no projeto implica também a outorga de executoriedade ao mandado de pagamento ou de entrega já deferido.

Mas o que parece mais relevante para filiar o texto nacional ao modelo italiano é a sua natureza de monitório documental e não puro, diferentemente do que sucede no direito alemão. Assim, sendo a decisão, que defere a expedição do mandado de pagamento ou de entrega, diversamente do prescrito na legislação tedesca, na qual no mandado deve haver expressa alusão à circunstância de não ter o juiz se aprofundado no exame da causa, há de ser fundamentada e calcada em juízo de certeza decorrente de prova

²⁸ No estatuto processual peninsular vão do art. 633 ao 656 os artigos que cuidam do procedimento monitório.

documental hábil a lastrear coisa julgada material²⁹, sempre que conjugada com a presunção decorrente da omissão do réu em se defender. Destarte, não sendo ela atacada por embargos ou sendo estes rejeitados, subsiste como a expressão concreta da prestação jurisdicional reclamada e outorgada para fins de acessar a via executiva.

Não há, obviamente, no texto da Lei nº 9.079/95 referência a essa circunstância, mas é ela inferível de seu próprio sistema. O mesmo ocorre com outras peculiaridades de seu regramento.

Questões a respeito serão inevitáveis, pois mesmo no direito italiano, a despeito de estar o procedimento monitorio disciplinado há mais de meio século no seu CPC, remanescem ainda pendentes questões relativas à inteligência de seu regramento.

Ora, se no direito processual civil italiano, em que a disciplina desse instituto efetivou-se através de vários dispositivos, remanesce ele problemático, com maior razão o seu sintético tratamento do CPC de 73 já alterado com a inclusão do texto de Lei nº 9.079/95, seguramente ensinará, como de resto já ocorreu, inúmeros problemas de interpretação.

Por isso mesmo a adoção de um tipo de monitorio documental espelhado, em parte, no modelo peninsular pode implicar também a importação de questões a ele concernentes, de forma que o referencial à doutrina italiana há de se fazer com consciência dessa conflituosidade ainda ali subsistente.

8. A LEI Nº 9.079/95 E SUA DISCIPLINA.

Como sói acontecer, a inserção de matéria nova em um código já vigente exige a sua necessária adaptação ao sistema em que ela se engasta. Tal haverá de ocorrer com o novo Capítulo XV do Livro IV CPC.

²⁹ Essa matéria continua questionada na doutrina italiana, consoante registra Edoardo Garbagnati. Assim, manifestam-se em contrário à coisa julgada material nesse tipo de processo, Carnelutti, Redenti, Andrioli e Ferrara, ao passo que Montesano e Proto Pisani opinam no sentido de ser a decisão prolatada no procedimento monitorio carente de efeito reflexo, de forma a não atuar “*extra litem*” e “*ultra partes*” (cfr. Il procedimento d’ingiunzione, Milano, Giuffrè, 1991, págs. 9/10).

Entretanto, alguns dispositivos deste não de se fletir à nova realidade processual, sem o que a desejada harmonia intrassistêmica deixe de existir.

A nova lei disciplinou o cabimento da ação monitória e seu processamento relativamente às hipóteses possíveis de se corporificarem no seu decorrer, ou seja, o adimplemento voluntário do réu, a sua revelia e o seu comparecimento para apresentar embargos, especificando, “*quantum satis*” as consequências de cada uma.

Desde logo, porém, impende ressaltar que a introdução desse novo tipo de procedimento no CPC não implica a indeclinabilidade de sua utilização. Continua à disposição do credor de obrigação por soma determinada de dinheiro, de entrega de coisas fungíveis ou móveis infungíveis individualizados, o rito comum, ordinário ou sumário, conforme o caso³⁰.

Considerando-se a dimensão que vier se emprestar à antecipação de tutela prevista no art. 273 do CPC, bem assim como a possibilidade de ocorrer a defesa do devedor no monitório, com todas as consequências disso defluentes, restará ao alvedrio do credor sopesar as vantagens e desvantagens da opção por um ou outro rito.

A celeridade na formação do título executivo judicial em caráter definitivo e a questionável inversão do contraditório podem se transformar em fatores relevantes em abono da escolha do procedimento monitório.

Mas essa possibilidade de opção denota a identidade de ações em que se exercita a pretensão lastreada em obrigações contempladas no referido art. 1.102a, ainda que diferenciadas pelo rito. Ou seja, formulado um pedido sob o rito monitório outro não se admitirá a despeito de veiculado pelo rito comum, ordinário ou sumário. Aliás, o tipo de rito procedimental não se constitui em fator suficiente para eliminar a identidade de ações prevista no art. 301, § 2º do CPC.

³⁰ Isto, obviamente, se não inserida a causa na esfera da competência absoluta dos juizados especiais de causas de menor complexidade, se e quando reconhecida essa natureza a tal competência.

Segundo se infere do texto legal, é incabível o procedimento monitorio relativamente às ações meramente declaratórias e constitutivas. Tal não apenas resulta do disposto no art. 1.102 a do CPC, que se refere apenas ao pagamento de soma em dinheiro, entrega de coisa fungível ou de determinado bem móvel, espelhando assim pretensão ao adimplemento de obrigação de dar, como ainda da própria teleologia do instituto.

Deveras, se a finalidade precípua do procedimento monitorio é a de propiciar uma rápida formação do título executivo judicial, manifesta-se sua inidoneidade para veicular pedidos inadequados à constituição desse mesmo título.

Essa circunstância reflete-se no plano do interesse processual e, pois, da admissibilidade da própria ação.

Neste plano destaca-se, ainda, a limitação do monitorio a determinados tipos de crédito, como suficientemente explicitado no aludido artigo. Descabe, pois, sua utilização no concernente ao adimplemento de obrigações de fazer e de não fazer e de dar coisa imóvel.

O direito invocado pelo autor deve ser atual, líquido e exigível³¹, vez que a conversão de pleno direito do mandado de pagamento ou de entrega de coisa em título executivo judicial não comporta a existência de liquidação autônoma ou intercalar. Não obstante, não se deve considerar ilíquido o direito, quando seu objeto resultar de meros cálculos aritméticos lastreados em dados constantes da prova documental que o embasa. Tal regra, válida para títulos executivos extrajudiciais³², é de se aplicar também na via monitoria³³. Obviamente, o “*quantum*” apurado através de tais cálculos há de ser determinado na inicial.

Não se distingue o texto em exame, para fins de admissibilidade da via

³¹ V. Salvatore Satta, *Manual de Derecho Procesal Civil*, trad. esp., Buenos Aires, EJEA, 1971, p. 195.

³² Nesse sentido Humberto Theodoro Jr. *Processo de Execução*, 6ª ed., S. Paulo, Leud, 1981, p. 148.

³³ Em sentido contrário registra Crisanto Mandrioli, *Corso di Diritto Processuale Civile*, 9ª ed., vol. III, pp. 173/174, nota 3, decisão da Corte de Cassação Italiana, que considerou ilíquido para fins de monitorio crédito decorrente de desvalorização da moeda, apurável mediante aplicação de índices oficiais.

monitória, direitos de natureza patrimonial disponíveis e indisponíveis. Tal importaria concluir que, em se tratando de direito de incapazes inexistiria qualquer restrição para a utilização desse procedimento. Além da ausência de veto expresso a respeito, inocontraria incompatibilidade com o sistema do próprio diploma legal e com aquele jurídico-processual em que o novo procedimento engastou-se³⁴.

Mas não é bem assim. A técnica do procedimento monitório do tipo adotado pelo CPC lastreia-se na conjugação de dois fatores indissociáveis, como acentuado supra. É mister a conjugação do convencimento do Juiz arriado em prova escrita e da presunção de veracidade dos fatos emergentes dos efeitos da revelia do réu. Ora, tais efeitos apenas ocorrem em se tratando de direitos disponíveis, consoante se infere do art. 320, II do CPC. Incidindo esse artigo, esclarece Calmon de Passos, “*o comparecimento ou a não atuação do réu nada influem sobre o ônus da prova. O autor continua com o ônus de provar os fatos constitutivos de seu pedido e da obrigação do réu*”³⁵.

Por sua vez se a prova literal que escora o pedido veiculado na inicial fosse por si só suficiente para gerar a certeza hábil a ensejar a imutabilidade inerente à julgada material emergente do procedimento monitório, que fluiu à revelia do réu, esta, com suas consequências detrimenais, não seria exigível para tanto. O reclamo da revelia sem a presunção de veracidade dos fatos que dela resulta configuraria nessa hipótese verdadeira superfetação.

Mais, ainda. A exigência legal inafastável da intervenção do Ministério Público em situações dessa natureza impediria a configuração dessa revelia

³⁴ Esse o entendimento de J. E. Carreira Alvim (Código de Processo Civil Reformado, 2ª ed., Belo Horizonte, Del Rey Ed., 1995, p. 339, ainda que concernente à Fazenda Pública) e de Antônio Raphael Silva Salvador (Da ação monitória e da tutela jurisdicional antecipada, S. Paulo, Malheiros Ed., 1995, p. 27).

³⁵ J. J. Calmon de Passos, Comentários ao Código de Processo Civil, 6ª ed., Rio, Forense, 1989, v. III, p. 439.

³⁶ Nesse sentido pondera José Fernando da Silva Lopes, ao examinar a intervenção do Ministério Público sob a égide do inciso I do art. 82 do CPC, “*É que a incapacidade, ainda que regularmente suprida, interessa à ordem pública, bem como a esta também interessa uma correta atuação de lei, aspecto que ficaria comprometido na eventualidade de ocorrer desinteresse pelo exercício de direitos e faculdades processuais relevantes para o deslinde do mérito, por parte daquele que representa ou assiste o incapaz*” (O Ministério Público e o Processo Civil, S. Paulo, Saraiva, 1976, p. 51).

com seus efeitos³⁶. Destarte, também sob a angulação prática o procedimento monitório se incompatibilizaria com o questionamento de direitos absolutamente indisponíveis.

Dir-se-á que vários tipos de procedimento comportam, com a ocorrência da revelia, o julgamento antecipado da lide, normalmente em desfavor do réu contumaz. É o que sucede, v.g., com a ação de depósito, de consignação em pagamento, na ação de prestação de contas, de nunciação de obra nova, nos embargos de terceiro. Mas não se confundem tais situações com a do procedimento monitório. É que nelas ocorre pronunciamento judicial posterior ao reconhecimento da revelia, o que permite ao Juiz decidir favorável ou desfavoravelmente ao autor, ainda que presente a presunção acolhida pelo art. 319 do CPC. No procedimento monitório, ao revés, não tem o magistrado como rever a sua decisão autorizadora da expedição do mandado de pagamento ou de entrega. Pelo sistema da Lei nº 9.079/95, este, ausentes os embargos do réu, convolar-se-á de pleno direito em mandado executivo. São técnicas diferenciadas a exigir tratamento díspar, o que impede o aproveitamento de uma relativamente a uma situação regrada por outra.

Se inviável desvenda-se o procedimento monitório nas ações em que os efeitos da revelia não se produzem, tal não implica, obviamente, não poder ser ele adotado em ações em que os autores sejam incapazes. São situações díspares em que inexistente oportunidade de aplicação da mesma regra de admissibilidade.

Em relação aos créditos contra a Fazenda Pública a questão já se tornou controvertida na doutrina³⁷. O art. 1.202c do CPC reformado prevê, quer na hipótese de ausência de embargos do réu, quer na de rejeição destes, que o mandado de pagamento ou entrega convola-se, de pleno direito, em mandado executivo, com a constituição de título executivo, embaixador de uma execução, que prosseguirá na forma prevista no Livro

³⁷ Assim é que J. E. Carreira Alvim sustenta a admissibilidade de procedimento monitório nas ações contra a Fazenda Pública (op. cit., pp. 339/340), posicionando-se em sentido contrário Vicente Greco Filho (op. cit. p. 06), Antônio Raphael Silva Salvador (op. cit. p. 27/29); José Rogério Cruz e Tucci, (A Ação Monitória, S. Paulo, RT, 1995, pp. 65 e segs.).

II, Título II Capítulos II e IV. Ora, este último capítulo compreende a execução contra a Fazenda Pública, na sua seção III, arts. 730/731. A circunstância dessa execução fazer-se mediante precatório em nada infirmaria a admissibilidade da via monitoria, que a antecede. Formado o título executivo judicial, seja em virtude de contumácia do réu, seja em razão de terem sido rejeitados os seus embargos tempestivamente aforados, a execução da ré devedora processar-se-ia tal como normalmente ocorre nas demais ações de natureza condenatória. Nenhum obstáculo adviria para a admissibilidade do procedimento monitorio, nas ações condenatória ajuizadas contra a Fazenda, do tipo de execução decorrente do título formado através de tal procedimento³⁸.

Todavia, remanesce como obstáculo à admissibilidade da via monitoria a indisponibilidade dos direitos da Fazenda Pública, o que impede que a revelia desta acarrete os efeitos previstos no art. 319 do CPC. Sem dúvida, como lembra J. E. Carreira Alvim³⁹, nem sempre essa indisponibilidade ocorre, podendo ser superada em certas hipóteses em que existe autorização para se celebrar transações a seu respeito. Mesmo presente essa circunstância, relativizando a indisponibilidade, o efeito da revelia, gerando a presunção de veracidade dos fatos alegados pelo autor não se concretiza⁴⁰. Por isso mesmo, a despeito do referencial expresso do art. 1.102c do CPC ao capítulo deste atinente à execução da Fazenda Pública, evidencia-se a incompatibilidade do procedimento monitorio centrado, como supra assentado, na conjugação de prova escrita com presunção de veracidade de fatos, com indisponibilidade dos direitos destas, ainda que de natureza patrimonial tal como se exige para esse tipo procedimental.

Tal posicionamento, embora não imune a críticas, tem merecido

³⁸ Lastreiam precipuamente na especificidade da execução contra a Fazenda Pública os posicionamentos de Vicente Greco Filho e José Rogério Cruz e Tucci em contrário à admissibilidade do procedimento monitorio, conforme explicitado em suas obras acima citadas.

³⁹ Código de Processo Civil Reformado cit. pp. 138 e segs.

⁴⁰ Cfr. J. J. Calmon de Passos, op. cit., pp. 436/437, e Rita Ganesini, Da Revelia no Processo Civil Brasileiro, S. Paulo, RT, 1977 p. 89.

respaldo na doutrina⁴¹. De resto, é o único que se harmoniza com a premissa supra estabelecida quanto à técnica de cognição adotada para esse procedimento.

Mais, ainda, em relação à Fazenda Pública existe óbice de difícil transposição para figurar no polo passivo de uma relação processual dinamizada pelo procedimento monitorio. É o disposto no art. 475 do CPC, que impede o trânsito em julgado de decisão a ela contrária, sem o reexame necessário do segundo grau de jurisdição⁴².

Contudo, se incabível apresenta-se o procedimento monitorio nas ações contra a Fazenda Pública, o mesmo incorre no concernente às ações por ela aforadas contra os particulares. Mas essa possibilidade revela-se de escassa consistência prática, considerando-se ter-lhe sido assegurado o poder de constituir o seu próprio título executivo exigível através da via específica de execução disciplinada pela Lei nº 6.830/80.

Insuficiente, porém, apenas o tipo do direito reclamado mediante o rito monitorio. O art. 1.102a impõe a exigência de prova escrita sem eficácia de título executivo, como indeclinável para a sua admissibilidade. Tal como sucede com o mandado de segurança, o tipo de prova exigido relativamente aos fatos invocados pelo autor é fundamental para o acesso à via monitoria. Ausente essa prova, inacessível torna-se este.

A alusão a prova escrita carente de eficácia de título executivo autoriza a exegese “*contrario sensu*” dessa disposição levando à conclusão ser

⁴¹ Esse parece ser o entendimento de José de Moura Rocha, que afirma, ao concluir seu estudo sobre o procedimento monitorio, “*Percebe-se, de logo, a importância do comparecimento da parte ré no processo. Não que uma simples afirmação unilateral seja por si motivo suficiente de certeza ou, se se prefere, argumento para não indagar se os fatos são verdadeiros ou não, mas pela falta de reação à afirmação*” Procedimento Monitorio?, in O Processo de Execução - Estudos em Homenagem ao Professor Alcides de Mendonça Lima, Porto Alegre, Sergio A. Fabris Ed., p. 237. De forma clara e indubitosa assim se manifesta Luiz Guilherme Marinoni, op. loc. ult. cit..

⁴² Dir-se-á que esse dispositivo reporta-se à sentença, a cujo conceito não se afeioa a decisão que defere o mandado de pagamento ou de entrega. Mas, se admitida a ocorrência de coisa julgada material quanto ao pedido veiculado na inicial da ação não contestada, é de se admitir a incidência desse art. 475 do CPC relativo a esse fenômeno do processo de conhecimento.

inadmissível a ação monitória lastreada em título executivo extrajudicial. Ou seja, implica vedação do emprego do processo de conhecimento do tipo condenatório para quem já dispõe de acesso à via executiva.

Deveras, a menos que essa prova escrita corresponda a um título carente de requisitos essenciais para embasar pretensão executiva, estatuídos no inciso I do art. 618 do CPC, inexistente motivo para se propiciar ao seu portador um instrumento processual direcionado à formação de outro título executivo, agora judicial. A proibição do “*bis in idem*” justifica essa vedação.

Depois, cumpre ressaltar que o aludido artigo reporta-se à prova escrita⁴³, vale dizer, a uma espécie da documental. Cabe indagar, pois, se a restrição é inafastável ou se comporta esse dispositivo um elastério exegético hábil a propiciar a toda prova documental, ainda que não literal, condição de assegurar a admissibilidade da via monitória. Em outras palavras, se o legislador não se utilizou de sinédoque, reportando-se à parte, pretendendo referir-se ao todo, esse particular.

Parece mais consentâneo com o sistema da ação monitória, entender-se como suporte de sua adequação a prova documental literal, até porque, em termos práticos, a prova documental de diversa espécie, pelas suas características, dificilmente haveria de se prestar de supedâneo à sua admissibilidade. Não se pode olvidar que a prova escrita é a que melhor propicia, pela sua natureza explicitadora, uma cognição mais rápida dos fatos pertinentes à causa, garantindo, dessa forma, a possibilidade de uma decisão mais segura a respeito da expedição do mandado de pagamento ou de entrega.

Isto porque a prova exigida pelo referido art. 1.102a do CPC também compartilha do âmbito da categoria processual correspondente à admissibilidade, vez que, à míngua de prova escrita idônea, segundo o entendimento do juiz, o autor há de ser julgado carecedor da ação, em virtude da inadequação da via processual escolhida, ressalvada a hipótese de adaptação da inicial a fim de lastrear outro tipo de procedimento. Não haverá julgamento do mérito nesse caso considerando-se a possibilidade do credor,

⁴³ Assim também o art. 633 do CPC italiano.

em procedimento comum ordinário, completar a prova documental por outros meios de prova e, pois, assegurar o reconhecimento judicial da procedência de sua pretensão. Assim sendo, mesmo se extinta a ação, por ausência de prova escrita idônea, possível será a sua repositura⁴⁴.

A idoneidade da prova no procedimento monitorio reflete-se na sua presença consoante o figurino legal, de forma que *"produzca en el juez (o porque las escrituras producidas tengan el carácter de pruebas legales, o porque el juez en virtud de su libre apreciación las considere atendibles) el mismo grado de certeza en torno a la verdad de los hechos constitutivos del crédito que el juez exigiría en el proceso ordinario para acoger, a falta de prueba contraria del demandado, la demanda del actor"*⁴⁵.

Tal significa dever ser prova hábil a gerar certeza, liquidez e exigibilidade do direito invocado pelo autor, como sucede na via executiva, faltando-lhe apenas a natureza de título executivo indispensável para acessar essa via. Obviamente essa certeza há de emergir, segundo premissa supra assentada, ou de ausência de prova em contrário do réu decorrente de sua revelia, ou ainda da ausência ou insuficiência dessa prova no procedimento ordinário conotado aos embargos deste.

Desnecessário acentuar que, em se tratando de prova documental, sua

⁴⁴ Mesmo pelo rito monitorio e com fulcro na prova documental reconhecida como inidônea no processo anterior extinto. É o que resulta do sistema do CPC, à luz do disposto no seu art. 268.

⁴⁵ Calamandrei, op. cit. p. 151. Prosseguindo, aliás, acentua o jurista, *"La ventaja que, en relación a la prueba, el acreedor consigue en el procedimiento monitorio puro) de la carga de probar, hasta convencer plenamente el juez, los hechos constitutivos del crédito; consiste, eso sí, en el hecho de que, cuando el deudor no haga oposición, la prueba de estos hechos constitutivos está dada de un modo unilateral, sin que el juez pueda criticarla e valorarla a la luz de los resultados de la contraprueba adversaria"*. No mesmo sentido, corroborando esse posicionamento, Garbagnati pondera: *"La struttura speciale del procedimento d'ingiunzione preclude infatti all'organo giurisdizionale una previa cognizione di tutte le ragioni ed accezioni de entrambe le parti; ma il convincimento della fondatezza, in fatto ed in diritto, della domanda del ricorrente, che il giudice deve acquisire attraverso la 'prova scritta', da lui fornita, non può degradarsi ad un conviciamento parziale, né differenziarsi per intensità da quella convinzione in merito all'esistenza del diritto controverso la cui mancanza rende inevitabile in un processo ordinario di cognizione il regetto della domanda dell'attore"* (Il procedimento d'ingiunzione cit. p. 37).

autenticidade é fundamental para assegurar sua aptidão para gerar a convicção de seu destinatário a respeito dos fatos a que se reporta. Evidentemente o reconhecimento das firmas nela lançadas, ainda que não resultante de constatação direta do tabelião nos termos do art. 369 do CPC, reforçará a presunção de tal autenticidade.

Poder-se-ia indagar da idoneidade não somente da prova escrita como também do começo de prova por escrito para embasar o acesso à via monitoria. Mas o começo de prova não é prova suficiente para lastrear um mínimo de certeza ensejadora da expedição de mandado de pagamento ou de entrega. Como inexistente no procedimento monitorio, salvo a hipótese de contraditório provocado pelo réu, oportunidade para completar essa prova incipiente, carecerá ela de aptidão para tanto.

Inquestionavelmente, nada impede que o juiz, antes de deferir a expedição dessa mandado, conceda ao autor oportunidade para complementar esse começo de prova, a teor do disposto no art. 284 do CPC.

No universo da prova documental escrita, vários instrumentos estarão aptos a propiciar o acesso à via monitoria. Assim os títulos executivos atingidos pela prescrição; aqueles que, por imperfeição formal não desfrutam de executividade, como duplicatas não aceitas mas devidamente protestadas sem prova adequada da entrega da mercadoria ou da prestação de serviços; as cartas missivas, telegramas e quejandos; os vales, os reconhecimentos de débito em contas e faturas, as confissões de dívida carentes de testemunhas instrumentárias, acordos e transações não homologados, documentos referentes a débitos vinculados a cartões de crédito e outros.

O juiz, contudo, deverá atender às regras a respeito das provas já estabelecidas nos Códigos Civil e Comercial e no CPC, quanto à indispensável valoração da eficácia probante desses documentos.

No direito italiano, em que vários instrumentos, qualificados em nosso sistema processual como títulos executivos extrajudiciais, podem lastrear o procedimento monitorio, ali denominado injuncional, por não serem considerados como hábeis a dar acesso à via executiva, outorga-se também a determinados documentos produzidos pelo próprio credor, aptidão suficiente

para ensejar a admissibilidade da via monitoria. É o que sucede com os livros ou registros de órgão administrativos, tal como o prevê o art. 635 do estatuto processual peninsular. Mas é questionada a eficácia probante suficiente de documentos produzidos por profissionais regularmente inscritos em associações profissionais, conforme registra Garbagnati⁴⁶.

Em nosso sistema jurídico, em que prepondera o princípio “*nemo sibi titulum constituit*”, a aceitação desse posicionamento é no mínimo questionável. Mesmo a administração pública, não adstrita a esse princípio por desfrutar do privilégio de constituir o seu próprio título executivo, não terá normalmente, como acentuado retro, interesse em gerar instrumento que propicie o ingresso na via monitoria se os seus créditos líquidos, poderão, de um modo geral, ser exigidos na tela executiva. Na concernente às relações entre particulares, impende observar que os registros domésticos provam em desfavor de quem os fez, assim como os registros contábeis dos comerciantes, salvo nas relações com outros comerciantes ou, naquelas com não comerciantes, na hipótese do art. 23, 3 do Código Comercial. Destarte, possível será constituir instrumento em desfavor de quem o produziu, mas não em seu benefício.

Mas aqui, como no monitorio italiano, prova escrita emanada de terceiro poderá embasar a via monitoria. A quitação outorgada pelo credor ao fiador do devedor lastreará a ação por este aforada em face do devedor⁴⁷.

Em suma, pois, ao juiz brasileiro, vinculado ao tipo de prova documental imposto pelo art. 1.102a do CPC, assegura-se, sem contudo desprezo às pertinentes normas gerais inseridas no sistema jurídico, o livre convencimento na apreciação da idoneidade - vale dizer, adequação e suficiência - dessa prova para a admissibilidade da via monitoria, bem assim como para fundamentar a decisão deferidora da expedição do mandado de pagamento.

⁴⁶ Il procedimento d'ingiunzione, cit. págs. 67 e segs.

⁴⁷ V. Garbagnati, Il procedimento d'ingiunzione cit. p. 75. Evidentemente o documento emitido por terceiro reporta-se, nesse caso, a uma relação jurídica documentada estabelecendo vínculos entre credor, devedor e fiador. Por isso a eficácia do documento emitido pelo primeiro para embasar pretensão do último em face do segundo, pressupõe a relação jurídica base.

9. AS CONDIÇÕES DA AÇÃO MONITÓRIA.

Processo de procedimento especial gerado pelo ajuizamento de uma ação de conhecimento de escopo condenatório, apresenta o monitório a dicotomia atinente à área da admissibilidade e àquela de seu mérito.

A primeira versa os pressupostos processuais e as condições da ação e o segundo, por exclusão, a causa de pedir e o pedido.

As assim nomeadas condições da ação são requisitos para que a prestação jurisdicional possa se efetuar integralmente, com a prolatação da sentença definitiva, com o que a tutela reclamada exaure-se no plano do conhecimento.

No procedimento monitório em que a decisão, que defere a expedição do mandado de pagamento ou de entrega, poderá ser a única, se não instaurado o contraditório pelo réu, o exame da presença dessas condições há de se fazer com a necessária profundidade, ainda enquanto meramente linear a relação processual incoada com a propositura da ação.

Isto em razão da própria estrutura que pode assumir o procedimento em tela, se configurada a revelia do réu. Nessa hipótese, como deflui do sistema implantado pela Lei nº 9.079/95, não haverá, em regra, oportunidade para o juiz reexaminar a sua decisão deferidora, *“inaudita altera parte”*, da expedição de mandado de entrega ou de pagamento.

Sem dúvida o juiz poderá, reexaminado a admissibilidade da ação proposta, reformar a decisão anterior, que a acolheu. Não estará, nessa hipótese, adstrito a qualquer efeito preclusivo, vez que sequer terá ainda o réu comparecido ou se tornado revel no processo. Mas essa oportunidade para reexame não está prevista no *“iter”* procedimental do monitório, cuja disciplina legal, ao revés, prescreve a convolação, *“ex vi legis”*, do mandado de pagamento ou de entrega em mandado de execução pelo simples fato da revelia do réu. Para se harmonizar o texto do art. 1.102c do CPC, onde se impõe essa convolação, com aquele do art. 267, § 3º do mesmo Código, que autoriza o reexame, conforme interpretação pacificada na tela

jurisprudencial⁴⁸, impende reconhecer essa possibilidade, enquanto não configurado o fim do processo de conhecimento, com a formação da coisa julgada material e do surgimento do mandado executivo⁴⁹.

Deveras, tendo sido examinada nessa decisão também a pretensão de direito material veiculada na inicial, descaberia ao juiz, que já exauriu o seu ofício jurisdicional considerando-se o disposto 463 do CPC, rededir tal matéria⁵⁰.

Embora essa conclusão possa ser questionada, considerando-se as características próprias do monitório tal como introduzido no sistema processual nacional, em que o mandado de pagamento ou de entrega convola-se, de pleno direito, em mandado executivo, sem previsão de recurso a respeito⁵¹, a simples possibilidade de uma decisão equivocada e irreversível quanto à admissibilidade da ação, exige uma atenção redobrada do juiz ao decidir sobre a expedição daquele mandado.

Acresce a tudo isso, algumas peculiaridades das condições da ação na

⁴⁸ V. a respeito Theotônio Negrão, Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor, 26ª ed., S. Paulo, Saraiva, 1995, págs. 250/251, nota 55, bem assim como Nelson Nery Jr. e Rosa Maria Andrade Nery, Código de Processo Civil e Legislação Processual Civil Estravagante, S. Paulo, RT, 1994, págs. 479/478 item 35.

⁴⁹ Com o fim do processo as hipóteses de recorribilidade convertem-se em hipóteses de rescindibilidade se albergáveis no elenco do art. 485 do CPC.

⁵⁰ É bem verdade que a reforma do CPC deu nova dimensão ao comando desse artigo, na medida em que permitiu ao juiz, após a sentença apreciar medidas cautelares, até a interposição de recurso (art. 800, parágrafo único) e reformar sentença definitiva (art. 296 parágrafo único). Esse tratamento legislativo rompeu a rigidez de tal dispositivo, o que permite até sustentar sua flexibilidade no caso de procedimento monitório.

⁵¹ Da decisão que defere o mandado de pagamento ou de entrega não cabe recurso, porque haverá possibilidade de ser impugnada no prazo de quinze dias mediante a instauração do contraditório. Deveras, se o agravo de instrumento, que seria o recurso adequado na espécie admitida a premissa de ser a decisão recorrida meramente interlocutória, é carente de efeito suspensivo, salvo hipóteses legalmente especificadas, e a expedição do mandado de pagamento ou entrega tem a sua eficácia suspensa com a oposição de embargos pelo réu, carece este de interesse em recorrer, pelo simples fato de poder embargar. A interposição de agravo de instrumento e a oposição de embargos, em que a mesma matéria seria versada, configuraria injustificável “*bis in idem*” a denotar a carência de tal interesse.

monitória em tela. Se a possibilidade jurídica do pedido, pela sua natureza objetiva, porque derivada de ausência de veto expresso no sistema, não oferece maiores dificuldades de aferição, o mesmo inócorre com a legitimidade e o interesse processual.

Deveras, uma e outro estão, em regra, vinculados ao próprio mérito, sendo por vezes difícil os escandir.

O interesse de agir decorrente da utilidade e necessidade da tutela jurisdicional não oferece maiores dificuldades para ser detectado, mediante o exame da “*causa petendi*” da ação. Esta, que deverá vir explicitada na inicial, e corresponderá, na lição de José Rogério Cruz e Tucci “*ao fato constitutivo do seu crédito e o fato violador do direito (causa petendi remota), originando-se daí a demonstração de seu interesse processual. Em seguida, deverá proceder ao enquadramento dessa situação concreta, narrada ‘in statu assertionis’ (mas documentalmente comprovada), à previsão abstrata, contida no ordenamento de direito positivo (causa petendi proxima)*”⁵². Mas, se aferido também por ótica centrada precipuamente na adequação da via processual escolhida, apresenta problemas na sua distinção do próprio mérito da ação.

Tal resulta da circunstância de decorrer essa condição da ação do próprio tónus de idoneidade da prova documental produzida pelo autor, além, obviamente, da natureza do crédito exigido na via monitória. Como observado anteriormente, essa idoneidade serve à admissibilidade da ação, como ao seu próprio mérito. Para se expedir o mandado de pagamento ou de entrega o juiz examina a existência de prova documental e a idoneidade desta para justificar a presença de pretensão jurídica potencialmente acolhível. Destarte, o juiz ao deferir tal expedição, acolhe tanto a presença do interesse de agir enfocado pelo prisma da adequação, como a procedência, ainda que condicionada à omissão do réu, do pedido veiculado na inicial. Daí a necessidade prática, sob tal ótica, de se separar mérito e interesse de agir para o eventual reexame desta condição da ação, a teor do disposto no § 3º do art. 267 do CPC.

⁵² A Ação Monitória, cit. p. 61.

Não obstante, o indeferimento da inicial sob color de ausência de prova idônea para assegurar a via monitória, seja em virtude de não se configurar a prova escrita exigida por lei, seja em razão dessa prova não justificar o acolhimento do pedido, haverá de implicar apenas a carência e não a improcedência desta ação. A reserva do rito comum ordinário para casos desse tipo de indeferimento, lastreia tal conclusão.

No que concerne a legitimidade, pode ser ela facilmente destacada do mérito, quando se cuida da extraordinária, reduzida a poucas hipóteses no sistema jurídico nacional. O mesmo não sucede nos casos de legitimidade direta, decorrente da própria titularidade do direito invocado.

Então, a prova dessa circunstância envolverá, por vezes, a própria existência do crédito, como pondera Calamandrei⁵³.

Portanto, deve a legitimidade emergir da própria prova documental produzida com a inicial, que deverá abranger também eventual câmbio de titularidade, em hipóteses de ocorrência de sucessão a título singular ou universal desta.

Mas a imbricação da legitimidade “*ad causam*” com a existência do direito invocado pelo autor, não deverá, como já acentuado acima no concernente ao interesse processual, ensejar uma decisão definitiva a respeito de tal direito. O indeferimento da inicial em casos dessa natureza, importará tão somente na carência da ação proposta, na forma do estatuído no art. 295 do CPC. É o que resulta do sistema processual em que se engasta a ação monitória, a despeito de suas específicas peculiaridades.

⁵³ Assim, “A veces, en efecto, la prueba de la legitimación activa o pasiva se confunde con la prueba de la existencia del crédito; para probar que un crédito existe, es necesario también probar quiénes son, en concreto, independientemente del proceso, los sujetos de la correspondiente relación jurídica sustancial, y no hay duda de que esta prueba de la titularidad del crédito (que Hellwig, System, t. II, § 251, I, 2, a, 2 llama ‘die aktive und passive Rechtszuständigkeit’; la pertinencia activa y pasiva del derecho de crédito) figura entre los hechos constitutivos del mismo...” El procedimiento Monitorio, cit. págs., 137/138).

10. OS PRESSUPOSTOS PROCESSUAIS NO PROCESSO DE PROCEDIMENTO MONITÓRIO.

Também nesse particular o processo incoado sob o procedimento monitorio não discrepa dos demais tipos de processo, respeitadas, obviamente, aquelas suas peculiaridades que se refletem, por vezes, na forma de que devem se revestir os seus pressupostos.

Mais do que a exigência da presença dos pressupostos ditos positivos e da ausência daqueles denominados negativos, os problemas surgem em razão da exigüidade e estrutura do procedimento examinado, quando inexistente o contraditório provocado pelo réu.

Dúvidas inexistem a respeito de se exigirem todos aqueles atinentes à imparcialidade do juiz, para se assegurar a validade do processo. Mas se a suspeição não alegada tempestivamente deixa de ter eficácia no processo, o mesmo não ocorre com o impedimento, que sobrevive mesmo à coisa julgada material.

Essa questão inexistente quando provocado o contraditório, ocasião em que se pode suscitar tanto a suspeição como o impedimento. O mesmo sucede, obviamente, se o juiz se reconhecer carente da necessária imparcialidade. Mas, se silente o juiz e omissa o réu, o impedimento passará de objeto de exceção processual para causa de rescisão da decisão que deferir o mandado de pagamento ou de entrega já convolado em título executivo.

O mesmo, de resto, haverá de ocorrer com a incompetência absoluta, deslocada para a área da rescindibilidade, sempre que não reconhecida de ofício ou argüida tempestivamente pelo réu. Este, aliás, poderá fazê-lo no prazo que lhe foi concedido para pagar ou entregar, provocando a nulidade da decisão deferidora da expedição do mandado respectivo. Problemática será a possibilidade de reconhecimento de ofício, após esse prazo, se não opostos os embargos, em virtude da incidência do art. 463 do CPC.

Quanto à inicial, deve ela preencher os requisitos exigidos pelo art. 282 CPC, até mesmo com a indicação das provas a serem produzidas se e quando instaurado o contraditório. O pedido há de ser de condenação do réu, com a

expedição do mandado de pagamento ou de entrega e sua conversão em mandado executivo, na hipótese de revelia do réu. A cumulação de pedidos somente será admissível se todos forem passíveis de serem veiculados no procedimento monitório. Assim inviável será, v.g., a cumulação sucessiva de um pedido de natureza desconstitutiva com o de condenação a pagar valores resultantes do acolhimento do primeiro⁵⁴. É, aliás, o que resulta da aplicação à espécie do art. 292 do CPC.

A prova documental deve acompanhar a inicial vez que se constitui em fator essencial ao seu deferimento, integrando, pois, os requisitos de idoneidade dessa peça processual. Obviamente, incompleta esta, ou ausentes os documentos essenciais à propositura da ação, deverá o juiz conceder ao autor o prazo fixado no art. 284 do CPC para implementar sua higidez.

Não especifica a Lei nº 9.079/95 a forma de citação do réu. Esta, se incidente a regra geral constante da parte geral do CPC, embutida no seu Livro I, deveria se efetivar em regra pela via postal (art. 222 do CPC). Todavia, o art. 1.102b do CPC, decorrente desse mesmo diploma legal, determina, no caso de estar a petição inicial devidamente instruída, o deferimento de plano da expedição de mandado de pagamento ou de entrega. Portanto, é de se concluir que esse mandado há de ser cumprido pelo oficial de justiça, oportunidade em que, além de citado, o réu tomará ciência do comando judicial e das conseqüências, que poderão lhe advir em caso de seu descumprimento. Tal forma de citação é a mais adequada à teleologia e estrutura do procedimento monitório, considerando-se as vicissitudes da citação pelo correio e as conseqüências detrimenais decorrentes da revelia do réu, nele corporificada. Estas sobejam, de muito, aquelas resultantes da revelia no processo de procedimento comum ordinário. As citações fictas, por sua vez, imporão a nomeação de curador especial, cuja atuação, provocando o contraditório, elidirá a conversão de pleno direito do mandado de pagamento ou de entrega em mandado de execução.

Os efeitos da citação serão aqueles elencados no art. 219 do CPC, em nada diferindo, pois, daqueles emergentes da citação no processo de

⁵⁴ Nesse sentido Garbagnati, *Il procedimento d'ingiunzione cit.* p. 39.

conhecimento de procedimento comum.

O prazo para o réu provocar o contraditório é de natureza processual e, pois, comporta todas as causas de suspensão e de interrupção previstas no CPC. Assim é que, à minguia de disposição legal em contrário, não corre nas férias nem se inicia ou finda em feriados.

As partes deverão ser dotadas de capacidade processual, exigível, obviamente, a sua implementação em casos de sua inexistência ou insuficiência. Mais, ainda, havendo embargos impedindo o fim do processo de conhecimento e interesses de incapazes caberá a inafastável intervenção do Ministério Público, que, como “*custos legis*”, poderá adotar as providências que entender indispensáveis ao seu mister⁵⁵.

Para o posicionamento doutrinário, que reputa admissível a ação monitória contra incapazes⁵⁶, essa necessária intervenção impedirá a convalidação do mandado de pagamento ou entrega em mandado executivo, findo o prazo de quinze dias previsto no projeto para o cumprir ou embargar. Sendo indispensável, essa intervenção, sob pena de nulidade do processo, haverá ela de ocorrer no prazo para a oposição de embargos, antes da formação da coisa julgada, para que tal nulidade não se convole em causa de rescindibilidade.

A representação técnica do autor e do réu, este obviamente, se instaurado o contraditório, é indispensável, consoante os termos do art. 1º, I,

⁵⁵ Os poderes do órgão ministerial nessa hipótese são os deferidos pelo CPC, acentuando Humberto Theodoro Jr. que “*a distinção entre as funções do Ministério Público como parte e como ‘custos legis’ é meramente nominal, pois, na prática, os poderes que lhe são atribuídos, na última hipótese, são tão vastos como os dos próprios litigantes*”. Curso de Direito Processual Civil, 2ª ed., Rio, Forense, 1990, v. I, p. 159. No mesmo sentido José Fernando da Silva Lopes, O Ministério Público e o Processo Civil, S. Paulo, Saraiva, 196, págs. 81 e segs.. Entretanto, é questionável se teria ele legitimidade para opor embargos de devedor, se não atua como curador especial de parte revel. Admitindo, em princípio, essa legitimidade autônoma concorrente quando a ação executiva desvia-se de seus fins públicos, v. Araken de Assis, Manual do Processo de Execução, Porto Alegre, Lejur, 1987, vol. II, p. 991.

⁵⁶ V. Antônio Raphael da Silva Salvador, op. cit. p. 27.

da Lei nº 8.906/94⁵⁷. A ausência dela no polo ativo importará na inexistência dos atos realizados e não tempestivamente ratificados por advogado constituído.

Dos pressupostos processuais ditos negativos podem ocorrer a coisa julgada e a litispendência. A perempção será viável apenas se considerada a defesa do réu como mera resposta, o que poderá propiciar a reiteração da extinção do processo por inércia do autor.

Definida a natureza jurídica da ação monitória como sendo de conhecimento e de escopo condenatório, a simples diferença de procedimento não afasta a identidade de partes, de causa de pedir e de pedido. Portanto, a pendência de ação monitória obsta o ajuizamento válido de ação idêntica veiculável mediante procedimento comum. Assim, e.g., serão inadmissíveis ações declaratórias de inexistência do direito reclamado na tela monitória, paralelas a esta.

O mesmo se diga a respeito da coisa julgada material. A ausência de defesa do réu, permitindo, nos termos do art. 1.102c do projeto, a constituição de pleno direito do título executivo judicial, importa em conferir à decisão que deferiu o mandado de pagamento ou de entrega a imutabilidade inerente à coisa julgada material⁵⁸.

Conseqüentemente, o resultado de qualquer outra ação idêntica, ainda que processada sob diverso rito, não poderá afetar tal decisão, que, nessa hipótese, terá assumido o papel de sentença, na medida em que pôs fim ao processo, ainda que condicionada, até o término do prazo legal para a defesa do réu, à ocorrência desta. O trânsito em julgado corporificar-se-á logo que

⁵⁷ A respeito v. Paulo Luiz neto Lobo, Comentários ao Novo Estatuto da Advocacia e da OAB, Brasília, Brasília Jur. Ed., 1994, p. 21 e segs.

⁵⁸ É o que sucede no direito italiano, e.g., Deveras, consoante preleciona Crisanto Mandrioli, *“La legge no dice espressamente che il decreto ingiuntivo non opposto (od opposto con giudizio poi estinto o dichiarato inammissibile o improcedibile) acquista l’efficacia di cosa giudicata. Tuttavia la dottrina e la giurisprudenza sono concordi nel ritenere ciò, sul fondamento di disposizioni di legge dalle quali si può desumere l’intenzione del legislatore di attribuire al decreto ingiuntivo l’efficacia propria del giudicato”* (Corso di Diritto Processuale Civile, 7ª ed. Torino, Giapichelli Ed., 1989, vol. III, págs. 182/183). No mesmo sentido, ainda Garbagnati, op. cit. p. 10.

escoado “*in albis*” esse prazo, vez que a constituição do título executivo judicial independe de qualquer outro ato do magistrado. Inexistirá, pois, na disciplina do CPC, questão semelhante à existente no direito italiano, no qual a doutrina discute o momento em que tal trânsito ocorrerá⁵⁹.

O reconhecimento da existência de coisa julgada material no procedimento monitorio, como resultado da decisão deferidora, “*inaudita altera parte*”, da expedição do mandado de pagamento ou entrega, quando incorre a defesa do réu, é fundamental para definir o âmbito dos embargos de devedor, como se verá infra.

II. PROCEDIMENTO DA AÇÃO MONITÓRIA.

A ação monitoria apresenta variantes no seu procedimento, “*secundum eventum defensionis*”. Inocorrendo a defesa do réu, encerra-se o processo de conhecimento, passando-se à execução.

A redação do art. 1.102c do CPC, não patenteia a ausência de solução de continuidade entre ambas as fases, a tornar, assim, despicienda, a incoação do processo de execução. A constituição do título executivo judicial com a convalidação do mandado de pagamento ou de entrega em mandado executivo não prescinde, contudo, de citação do réu, já executado, para pagar, sob pena de penhora, ou entrega, sob pena de busca e apreensão do bem objeto do título. Daí a necessidade de examinarem ambos procedimentos: o pertinente ao processo de conhecimento e aquele relativo ao de execução, remetido, pelo referido dispositivo legal, à disciplina do Livro II, Título II, Capítulos II e IV do Estatuto Processual.

Assim sendo, não se encarta a ação monitoria no rol das ações executivas “*lato sensu*”⁶⁰, caracterizadas pela preponderante eficácia

⁵⁹ Mandrioli, op. cit. págs. 183/184.

⁶⁰ Em sentido contrário, entendendo enquadrar-se a monitoria como ação executiva “*lato sensu*”, v. Vicente Greco Filho, op. cit. p. 1. Aliás esta teria sido a melhor solução, considerando-se as peculiaridades do procedimento monitorio e, mesmo, a tendência de se eliminar a separação entre processo de conhecimento e de execução, tal como ocorreu na Lei nº 9.099/95.

executiva das sentenças de procedência nelas prolatadas e traduzida na desnecessidade de incoação de processo autônomo de execução para a satisfação prática do credor vitorioso.

Mas dúvidas inexistem quanto à fundamental diferença entre o procedimento monitório ausente a defesa do réu, ou seja, o monitório “*stricto sensu*”, e aquele resultante da apresentação dessa defesa denominada embargos no aludido art. 1.102c.

Entretanto, em relação a ambas as sub-espécies desse procedimento, existem atos comuns pertinentes ao início e angularização da relação processual.

Assim, a petição inicial e a decisão, que defere a expedição do mandado de pagamento ou entrega, e a citação. Os requisitos da inicial e da citação do réu já foram examinados supra. Não, porém, os dessa decisão.

Induvidosamente deve ser ela fundamentada. Imposição do art. 93, IX da Carta Magna e do art. 165 “*in fine*” do CPC, sua fundamentação não deve ser suscinta, mas sim analítica quanto ao exame da prova, que lastrear o deferimento do pedido de expedição do aludido mandado, e das demais circunstâncias que o justifiquem. A certeza, liquidez e exigibilidade do direito invocado pelo autor devem ter reconhecimento expresso, ainda que “*sub conditione*”, pelo prolator de tal decisão. Não fôra a exigência constitucional e legal, a possibilidade de se tornar ela a única decisão no processo de conhecimento exige esse cuidado.

Além do mais, deverá essa decisão impor ao réu o pagamento das custas e honorários advocatícios. O art. 1.102c do projeto, em seu parágrafo primeiro, o libera desse ônus, se cumprir o mandado de pagamento ou de entrega. Logo, a condenação é de rigor, para que haja a isenção ali deferida. Aliás, essa técnica estimuladora do adimplemento da obrigação não é nova em nosso ordenamento jurídico⁶¹.

Por sua vez, a decisão deferidora da expedição do mandado deverá

⁶¹ Deveras, já vem prevista no art. 61 da Lei nº 8.245/91, que dispõe sobre locação de imóveis urbanos.

constar deste juntamente com a advertência prevista no art. 285 segunda parte do CPC, com a necessária adaptação ao procedimento a que se refere, ou seja, no sentido de que, se não efetuado o pagamento ou a entrega ou apresentados embargos no prazo de quinze dias, será constituído o título executivo judicial, com a subsequente incoação da execução.

Extinto “*in albis*” o prazo de quinze dias para cumprimento do mandado ou oferecimento de embargos, prazo esse contado da juntada nos autos do mandado devidamente cumprido, encerra-se processo de conhecimento, devendo se incoar o de execução lastreado na decisão liminar agora convalidada em definitiva em virtude da omissão do réu.

Diferentemente ocorrerá se houver a apresentação de embargos pelo réu. Cabe aqui, contudo, resolver primeiramente uma questão emergente do texto do art. 1.102c do CPC. Ou seja, se a referência a embargos nele existente reporta-se a uma ação autônoma ou equivale a um tipo de resposta, especificadamente, a uma contestação.

O posicionamento a respeito importa em conseqüências jurídicas e práticas relevantes. Impende, destarte, investigar qual o modelo adotado pela Lei nº 9.079/95 para o exercício de defesa do réu, ressaltando a compatibilidade dos entendimentos a respeito da matéria com o texto legal vigente e com a teleologia do instituto. Isto porque as vertentes de interpretação defendidas levam a diferentes formas de procedimento.

A exegese meramente literal do texto é, como, aliás, sói acontecer, manifestamente insuficiente. No sistema do vigente CPC a palavra embargos assume dois significados básicos: ou é um recurso ou é uma ação. Excepcionalmente designa a oposição extrajudicial do autor de ação de renúncia de obra nova (art. 935 do CPC) ou, ainda, uma contestação⁶².

⁶² É o que sucede com os embargos referidos no art. 755 do CPC, cuja natureza é controvertida na doutrina, sustentando serem eles correspondentes a uma ação autônoma, Pontes de Miranda, Araken de Assis e Vicente Greco Filho, ao passo que Humberto Theodoro Jr., José Carlos Barbosa Moreira, Ulderico Pires dos Santos e Celso Neves dentre outros sustentam serem eles verdadeira contestação. V. a respeito Araken de Assis, Manual do Processo de Execução, Porto Alegre, Lejur, 1987, vol. II, p. 836 nota. 2486.

Conseqüentemente, nesse sistema tal palavra é manifestamente equívoca⁶³, comportando vários significados. Todavia o art. 1.102c reporta-se a uma ação inserida no Livro IV do CPC, havendo pois de se submeter à sua terminologia. Acresce, ainda, que esse mesmo artigo, no seu parágrafo 3º, alude a embargos rejeitados, o que, nessa mesma terminologia, corresponde àqueles embargos de devedor previstos nos arts. 520, inciso V e no art. 739 do CPC.

Portanto, a letra do projeto, sob essa ótica, sinaliza no sentido de serem tais embargos equivalentes àqueles previstos no processo de execução como forma específica de exercício do direito de defesa devedor executado.

Entretanto, essa mesma letra determina que os embargos, que são dotados de efeito suspensivo, sejam processados, independentemente de prévia segurança do juízo, nos mesmos autos da ação monitória, assumindo o procedimento ordinário (art. 1.102c), o que os diferencia, nesse particular⁶⁴, daqueles previstos para o processo de execução.

Essa disciplina outorga-lhes função semelhante à dos embargos então ofertados na antiga ação decendiária, na qual, sendo eles recebidos com condenação ou recebidos sem condenação, deva-se vista ao autor para os contestar, prosseguindo então pelo rito ordinário⁶⁵. Por isso a figura de embargos em processo de conhecimento não é infensa à tradição de nosso direito. Nem mesmo a ocorrência de embargos nesse tipo de processo sucedidos por outros na execução.

⁶³ Assim Candido de Oliveira Filho, no regime do Regulamento 737/50, sustentava dentre os seus vários significados também o de "meio de impugnar o pedido em várias causas summarias e de processo especial - quaes os oppostos à primeira, nas ações cominatórias, nas decendiárias e nas executivas"(cfr. *Theoria e Pratica dos Embargos*, págs. 5/6). Mais recentemente, já na vigência do atual CPC, o saudoso Edison Prata arrolou cerca de 17 tipos diferenciados de embargos (cfr. *Embargos de Terceiro*, S. Paulo, Leud, 1980, p. 16).

⁶⁴ Somente na ausência de formação de autos apartados, pois, no que concerne ao rito, como explicita Araken de Assis, o dos embargos de devedor assemelha-se substancialmente ao rito ordinário do processo de conhecimento (cfr. *Manual do Processo de Execução*, Porto Alegre, Lejur, 1987, vol. II, p. 1008).

⁶⁵ Assim o art. 260 do Regulamento 737/1850.

Poderia ter sido adotada para tanto, a técnica da antiga ação cominatória prevista nos arts. 302 e seguintes do CPC de 39, que contestada assumia o rito ordinário, mantida a distribuição normal do ônus da prova.

Mas o legislador, ao que o texto indica, preferiu restringir a defesa do réu aos embargos em razão de entender necessário explicitar assim a iniciativa do contraditório com a inversão do ônus da prova, vez que, como embargante, o réu assume a posição de autor, incumbindo-lhe destarte fazer prova de suas alegações. No anteprojeto de 1985, havendo embargos, proceder-se-ia como no processo executivo (item 5 supra), o que pode ter inclinado o le-gislador para essa opção quanto à defesa do réu.

Tal aparente opção implica, a despeito da adoção do rito ordinário para os embargos, a inadmissibilidade da reconvenção por parte do réu, como é óbvio⁶⁶, bem assim como a inviabilidade da intervenção de terceiros, exceção feita à assistência, como sucede com os embargos de devedor.

A defesa do réu, consubstanciada nos embargos, poderá versar tanto a matéria processual como a de direito material. Ou seja, terá por objeto a relação processual, as condições da ação, vale dizer também a própria adequação da via processual escolhida e a idoneidade da prova produzida pelo autor embargado, e ou a existência do direito material invocado por este em abono de sua pretensão.

O pedido voltar-se-á para a desconstituição da decisão deferidora do mandado de pagamento ou de entrega e a revogação destes, o que decorrerá de vício processual ou de inexistência de direito material a ser declarado.

A rejeição dos embargos, que a despeito da terminologia da lei, haverá de abranger também a sua improcedência, implicará de pleno direito a constituição de título executivo judicial e o início da execução. Ou seja, esse resultado manterá íntegros o mandado expedido liminarmente e a decisão que o deferiu, vez que sentença, que julgar os embargos, terá natureza

⁶⁶ A menos que, admitida a reconvenção aforada pelo embargado (v. a respeito as posições conflitantes de Araken de Assis, op. cit. vol. II, p. 1018 e de Clito Fornaciari Jr. Da Reconvenção no Direito Processual Civil, 2ª ed., S. Paulo, Saraiva, 1983, p. 78) cuide-se de reconvenção do reconvinido, ou seja de “*reconventio reconventionis*”.

exclusivamente declaratória negativa. A eficácia de ambos, suspensa com o aforamento dos embargos é repontenciada com o advento, “*ex vi legis*” do título executivo e a conseqüente convolação do mandado de pagamento ou entrega em mandado executivo.

Não esclareceu, porém, a Lei nº 9.079/95 se, em relação aos embargos, será adotada a disciplina própria dos embargos de devedor, o que pode ser relevante. Assim, não está explicitado se o apelo interposto da decisão que rejeitar ou julgar improcedentes os embargos terá ou não efeitos suspensivos; se à desistência da ação aplicar-se-á o regramento do art. 569, parágrafo único do CPC, a despeito de não cuidar a espécie de execução; se o prazo para embargar, em se tratando de litisconsórcio passivo é contado singelamente para cada devedor; se em relação a eles incidiriam as regras do art. 739, parágrafos 2º e 3º, além de outros pontos significativos dessa disciplina, os quais restaram carentes de tratamento legislativo necessário em razão dessa opção legislativa.

Por isso mesmo melhor teria sido a adoção do modelo italiano também nesse aspecto. Nele a apresentação de oposição pelo réu não instaura um processo autônomo, segundo moderna doutrina⁶⁷. Conseqüentemente a defesa do réu tem natureza de resposta e o condão de convolar o procedimento especial em ordinário, ainda que os prazos a este correspondentes venham ser reduzidos à metade⁶⁸.

⁶⁷ Nesse sentido, em contrário à posição de Satta, D'Onofrio e Rocco, este quanto “*l'opposizione tardiva*”, pondera Mandrioli: “*In realtà il legislatore ha chiaramente mostrato di voler configurare l'atto di opposizione come l'atto introduttivo non già di un giudizio autonomo e neppure di un grado autonomo, ma semplicemente di una fase (eventuale) del giudizio già pendente; più precisamente ha mostrato di voler attribuire a suddetta (eventuale) introduzione alla fase di opposizione, la portata di una autentica riconduzione del procedimento - che fino a questo punto si è svolto con forme e caratteristiche 'speciali' — entro i binari del processo ordinario di cognizione*” (Corso cit. vol. III, p. 172). Também Garbagnati, reportando-se à diversidade de posicionamentos a respeito dessa matéria, conclui: “*Di fronte a questa varietà di opinioni, va negato anzitutto che l'opposizione al decreto di ingiunzione costituisca l'atto iniziale di un autonomo processo di cognizione*”. (Il Procedimento cit. págs. 132/133).

⁶⁸ Assim dispõe o art. 645 do CPC italiano.

Tal implica a admissibilidade de reconvenção e de exceções⁶⁹. Mas a inadequação do procedimento deixa de ser matéria oponível, exatamente porque passou ele ser o comum ordinário. Logo, a questão sobre o cabimento ou não do monitório perde interesse.

A posição das partes continua, com a resposta apresentada, ser a mesma de autor e réu, exatamente porque, como esclarece Mandrioli *“l’opposizione che, da un lato, non toglie automaticamente di mezzo il decreto ingiuntivo, dall’altro lato, gli sottrae ogni efficacia diretta (salva la sua eventuale esecutorietà provvisoria) sicchè le parti ritrovano davanti i giudici di primo grado nella stessa posizione sostanziale che avrebbero avuto se il decreto non fosse mai stato pronunciato”*⁷⁰. Mais adiante conclui o mesmo autor, *“verbis”*: *“Più concretamente: la pronuncia del decreto inverte solo l’onere dell’instaurazione dell’effettivo contradditorio senza ulteriormente influire sulla posizione delle parti davanti al giudice, ed in particolare, senza invertire l’onere della prova, per il quale vigo le regole generali. In pratica, l’atto di opposizione, che ha la struttura dell’atto di citazione ha il contenuto della comparsa di risposta”*⁷¹.

Em suma, pois, o rito especial desaparece emergindo em seu lugar o procedimento ordinário, com as necessárias adaptações para se harmonizar com a fase anterior, em que se antecipa o deferimento do mandado de pagamento ou de entrega.

Com o surgimento do procedimento comum ordinário frustra-se a tentativa de se obter rapidamente o título executivo, que passará a ser a sentença que julgar procedente a ação. Demais, admissíveis serão não apenas a reconvenção como algumas formas de intervenção de terceiro.

A sentença poderá ser terminativa ou definitiva, esta sujeita à imutabilidade inerente à coisa julgada material. Substituirá ela a decisão interlocutória concessiva do mandado de pagamento ou de entrega, o que, de certa forma, não se afina com o texto do projeto, que prevê a constituição do

⁶⁹ V. Garbagnati, op. cit. págs. 149/150.

⁷⁰ Corso cit., vol. III, p. 173.

⁷¹ Op. loc. ult. cit.

título executivo com a rejeição (sic) dos embargos.

A sistemática recursal será a normal, com efeito suspensivo à eventual apelação que vier ser interposta.

De qualquer forma, porém, serão evitados os inconvenientes da inserção de uma ação - os embargos - no bojo de um processo de conhecimento.

Aliás, não se pode descartar que a doutrina e jurisprudência se inclinem para um exegese do texto do art. 1.102c do CPC, de forma a acolher um posicionamento que qualifique os embargos nele referenciados como mera resposta⁷².

De inteira procedência a ponderação de Carreira Alvim quanto aos inconvenientes de se atribuir aos embargos referenciados no aludido art. 1.102c a função de ação. No sentir desse autor não há como “*compreender que, ajuizando uma ação ordinária, o credor-autor aja (exercite a ação) - com os ônus por preferir a ação monitória, fundada na mesmíssima prova, com idêntica pretensão - que, inclusive, passa o rito ordinário, havendo resistência - se transmude a natureza da defesa em ação, com inversão da posição das partes no processo, posicionando o autor da monitória na qualidade de réu dos embargos com todos os ônus daí decorrentes*”⁷³. Mais, ainda, se ocorrer a inversão do ônus da prova, inexoravelmente o autor optará pelo procedimento monitório nas ações que comportarem esse rito. Deveras, se ocorrida a revelia forma-se o título executivo e, ela não se corporificando, estará o autor isento de provar os fatos constitutivos de seu direito, sua posição no procedimento monitório será muito mais favorável do que no procedimento comum, ordinário ou sumário. Não havendo no CPC limitação de valor para a opção pelo monitório, esta será inevitável. É bem verdade que já existindo documento comprovando a existência do direito do autor,

⁷² Em verdade, a doutrina já se encontra dividida quanto ao conceito dos embargos previstos no art. 1.102c do CPC. Assim é que José Rogério Cruz e Tucci (Ação Monitória cit.) e Vicente Greco Filho (op. cit.) posicionam-se em favor dos embargos ação. Por sua vez, José Eduardo Carreira Alvim (Código de Processo Civil Reformado cit.) e Antônio Raphael da Silva Salvador sustentam a natureza de mera resposta dos embargos.

⁷³ Cfr. Código de Processo Civil reformado cit. p. 336.

normalmente ao réu incumbirá provar os fatos extintivos, modificativos e impeditivos de tal direito (art. 333, II do CPC), o que atenua a situação desfavorável ao réu, emergente desse posicionamento.

A dificuldade em compatibilizar os embargos como resposta com o sistema do procedimento monitório, tal como vem regrado nos arts. 1.102 e seguintes do CPC, radica-se especificamente na formação “*ope legis*” do título executivo, prevista no art. 1.102c. Isto em virtude de resultar do processo, em que os embargos vierem ser apresentados, uma sentença versando também o mérito da ação. Essa sentença se de procedência desta será condenatória e, pois, constituirá por si só o título executivo judicial embasador da execução. Portanto, o disposto no § 3º desse art. 1.102c, no sentido de que “rejeitados os embargos, constituir-se-á, de pleno direito, o título executivo judicial” não teria função alguma no sistema do procedimento monitório implantado no CPC.

Verifica-se, destarte, que o texto legal favorece a interpretação dos embargos ali constantes serem considerados ação. Mas a própria finalidade do monitório, centrada na rápida formação do título executivo, que desaparece com a apresentação da defesa do réu, melhor seria atendida com o acolhimento dos embargos resposta.

Essa divergência de interpretação sobre pontos fundamentais, como este, do texto da lei em tela recomendava uma maior explicitude na sua disciplina, de forma a evitar que a discepção, agora já instaurada a respeito, venha obstar o atingimento da celeridade objetivada com a implantação desse novo tipo de procedimento no sistema processual brasileiro. Não tendo isso ocorrido, a matéria terá de ser sedimentada na via pretoriana, onde serão espancadas as dúvidas persistentes na exegese desse texto.

Qualquer que seja a orientação adotada pela jurisprudência quanto à natureza dos embargos aforados pelo réu, do procedimento monitório emergirá um título executivo judicial colorido pela imutabilidade decorrente da coisa julgada material. Na hipótese de ausência de embargos, a decisão que deferiu a expedição do mandado de pagamento ou entrega restará ungida dessa qualidade, não ensejando questionamento no processo de conhecimento já extinto. Sendo os embargos aceitos como ação, esse trânsito em julgado

restará suspenso até que venham ser eles julgados definitivamente, fluindo a execução como provisória a partir de sua improcedência ou rejeição em primeiro grau de jurisdição, adotando-se para tanto a disciplina do art. 587, primeira parte, do CPC. Processados como mera contestação, a sentença que julgar a ação ensejará execução provisória, se antecipada a tutela com lastro no art. 273 do CPC, admissível em face da natureza comum ordinária assumida pelo procedimento, ou se pender recurso com efeito meramente devolutivo.

Também, em se tratando de procedimento envolvendo litisconsórcio facultativo simples ou necessário simples no polo passivo da relação processual, em ambas concepções a solução para a hipótese de apresentação de defesa apenas por um dos litisconsortes será a mesma. A menos que a defesa de um deles seja comum a todos ou a alguns, não aproveitará aos demais. Essa solução é clara para a hipótese de embargos ação, tendo em vista a disciplina dos embargos no processo de execução. Mais questionável seria na hipótese de embargos contestação, considerando-se que, no processo de conhecimento, a contestação por um dos litisconsortes arreda o efeito da revelia (art. 320 I do CPC). Todavia, a doutrina, de um modo geral, restringe a incidência desse dispositivo aos litisconsórcio unitário ou aos fatos comuns naqueles supra referenciados⁷⁴. Apenas nesta última hipótese a questão torna-se mais difícil, eis que em relação ao revel não ocorrerá o efeito da revelia, indispensável à formação do título executivo, na previsão do art. 1.102c, “*caput*”. Naquelas de litisconsórcio facultativo ou necessário simples, sendo considerados os litisconsortes como litigantes distintos nas suas relações com a parte adversa (art. 48 do CPC), coisa julgada material poderá constituir-se em momentos cronologicamente diferenciados no monitório, propiciando incoação de execuções com base em títulos resultantes da revelia de litisconsortes.

⁷⁴ V., por todos Rita Ganesini, *Da Revelia no Processo Civil Brasileiro* cit. pp. 85 e seguintes, bem assim como os autores ali colacionados.

12. EXECUÇÃO NA AÇÃO MONITÓRIA.

O fenômeno da emergência de dúvidas quanto à real inteligência do texto do art. 1.102c, ocorre também com a execução na ação monitoria. Do texto do § 3º desse artigo infere-se, desde logo, uma dúvida decorrente da alusão, ali constante, a uma intimação do devedor quanto à constituição de pleno direito do título executivo. Essa intimação será despidianda, se da sentença de rejeição a parte houver sido cientificada e vier a ser citada para a execução. Se a constituição de pleno direito do título resulta da aludida rejeição, não haveria porque ser ela objeto de intimação, já que da sentença será o réu intimado. Se, por sua vez, essa intimação corresponder à citação para a execução do devedor na pessoa de seu advogado, estar-se-á diferenciando, para fins de execução, a situação do réu que não embargou daquele que o fez. Isto porque, em relação ao primeiro impenderá a sua citação pessoal para a execução ao passo que, quanto ao segundo, isso não ocorrerá.

Acresce, ainda, fazer-se mister, para a execução por quantia certa, a iniciativa do credor, que deverá apresentar o demonstrativo do débito atualizado até a data da sua propositura. Por derradeiro há o referencial expresso do § 3º do art. 1.102c do CPC ao seu Livro II, Título II, Capítulos II e VI, nos quais se exige a citação do devedor (arts. 621 e 652).

Portanto, a menos que se esteja inovando na disciplina do processo de execução ou que se tenha convertido o procedimento ordinário à estrutura daqueles típicos das ações executivas “*lato sensu*”⁷⁵, a execução há de se fazer por iniciativa do credor, com base no título executivo judicial decorrente da ação monitoria, mediante a citação do devedor.

Conseqüentemente a alusão, no texto do projeto, à intimação do devedor e ao prosseguimento na forma prevista no Livro II, Título II,

⁷⁵ A técnica adotada pelas executivas “*lato sensu*” é a que melhor se harmoniza com a teleologia do processo de escopo condenatório, como ressalta José Roberto dos Santos Bedaque (Direito e Processo, S. Paulo, Malheiros Ed., 1995, p. 102), mas resulta afastada no caso vertente pela referência expressa do § 3º art. 1.102c do CPC ao Livro II, Título II, Capítulos II e IV, nos quais há referência expressa à citação do devedor.

Capítulos II e IV do CPC, deve ser entendida não como dispensa de citação deste para a incoação do processo de execução. É bem verdade que, assim sendo, a intimação referida no aludido § 3º do art. 1.102c tem sua operatividade no texto legal bastante esgarçada. Por essas razões não se pode descartar a ocorrência de uma interpretação pretoriana mais avançada, reconhecendo, tal como sucedeu com a Lei nº 9.099/95, a possibilidade de se iniciar a execução sem necessidade de citação, substituída na espécie pela intimação aludida no mencionado parágrafo.

A execução será lastreada “*ex vi legis*” em título executivo judicial, quer tenham ou não sido opostos embargos. Ao réu, que deixou de opor embargos e não foi citado ou o foi nulamente, restarão os remédios processuais dos embargos de devedor, com fulcro no inciso I do art. 741, a “*querela nullitatis insanabilis*” correspondente à ação declaratória e a ação rescisória.

Assim o risco de prejuízo decorrente de processo do qual não teve ciência para provocar o contraditório, poderá ser minimizado com a utilização de tais ações.

Resta indagar se, com a nova redação do art. 741 do CPC, que limita o objeto dos embargos ao elenco nele previsto, fundamentos outros, que exorbitem esse rol poderão ser invocados, máxime em se tratando de devedor que não embargou.

Admitida a formação de coisa julgada material no concernente à decisão, que deferiu o mandado de pagamento ou de entrega⁷⁶, evidencia-se que os fundamentos de nulidade desta convolam-se em hipóteses de sua rescindibilidade. Se o contraditório não se instaurou por omissão do devedor, não haverá porque ressuscitar na execução matéria adstrita ao processo de

⁷⁶ Em sentido contrário posicionou-se Vicente Greco Filho, para quem essa decisão, por não ser de mérito, somente pode ser atacada pela ação anulatória, prevista no art. 486 do CPC (Ação monitória, cit. p. 6).

conhecimento⁷⁷. Nele houve oportunidade para tanto, que não foi aproveitada. Por isso mesmo, há de pacientar o devedor o resultado de sua própria inércia.

Se, contudo, matéria nova emergir supervenientemente, insusceptível de se albergar em qualquer das hipóteses do art. 741 do CPC, deve se permitir através de elastério exegético essa subsunção, evitando-se destarte, a inconstitucionalidade decorrente de vulneração da garantia constitucional da ampla defesa.

13. CONCLUSÕES

Conforme acentuado supra, o procedimento monitorio, como matéria nova no universo processual brasileiro, dependerá de um processo de ajustamento e acomodação com a estrutura do sistema em que se engastou, sendo decisiva nesse mister a atuação da doutrina e jurisprudência. Também as dúvidas e omissões decorrentes de seu texto necessitarão ser eliminadas e implementadas na via pretoriana, a fim de lhe assegurar operatividade livre de questionamentos a respeito de sua própria disciplina.

O legislador foi extremamente parcimonioso ao regrá-lo. Comparado com os textos de outros ordenamentos jurídicos, os três artigos do projeto 3.805/93, ora convertido em lei, representam uma pequena parcela daqueles. Além disso, o texto adotado comporta interpretações divergentes, notadamente, pela sua relevância, a que se reporta à defesa do réu. Os posicionamentos doutrinários antagônicos, que já se formaram a esse respeito, o demonstram. Maior clareza quanto a certos aspectos da disciplina desse procedimento poderia ter evitado o questionamento a eles concernentes,

⁷⁷ Admitindo a invocação do elenco de elementos de defesa previsto no art. 745 do CPC nos embargos de devedor, no procedimento monitorio em que ocorreram os efeitos da revelia do réu, José Rogério Cruz e Tucci, Da ação monitoria cit., p. 69. Sem dúvida no procedimento comum ordinário a revelia do réu não o inibe de atuar posteriormente no feito, ainda antes da sentença. Mas, se esta for prolatada a teor do disposto no art. 330, II do CPC, somente através de recurso poderá criticar a sentença que lhe for desfavorável. Esta oportunidade diferenciadora dos sistemas do procedimento comum e do monitorio não parece suficiente para aluir a distinção estabelecida pelo legislador quanto ao âmbito dos embargos previstos nos arts. 741 do CPC.

o que somente pode empecer o desempenho que se aguarda de sua introdução no sistema processual nacional.

Por isso as dificuldades que surgirão na sua implantação e no seu desempenho, exigindo da jurisprudência o papel de espancar as dúvidas deles emergentes, sedimentando o entendimento dos dispositivos constantes dos arts. 1.102c e seguintes do CPC introduzidos pela Lei nº 9.079/95.

Algumas delas são apontadas neste trabalho. Outras existirão. Entretanto, isso não impedirá que a iniciativa no sentido de se introduzir esse procedimento no sistema processual produza seus resultados. É o que se espera.